**Lucian Bercea**
Editor

# CONTRACTUL DE CREDIT BANCAR

## Principiile, legea, uzanțele

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

II 183.480
BCU IASI

II 183.480
BCU IASI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

38

**Lucian BERCEA**

**- Editor -**

◆

# *CONTRACTUL DE CREDIT BANCAR PRINCIPIILE, LEGEA, UZANȚELE*

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

**Lucian BERCEA**

**- Editor -**

76748

# CONTRACTUL DE CREDIT BANCAR

## *PRINCIPIILE, LEGEA, UZANȚELE*

0 000010 63333 BCU IAȘI

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

ALE

**Universul Juridic**
**Bucureşti**
**-2013-**

15 IUN. 2017

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © 2013, **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
**S.C. Universul Juridic S.R.L.**
Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

***NICIUN EXEMPLAR DIN PREZENTUL TIRAJ NU VA FI COMERCIALIZAT DECÂT ÎNSOȚIT DE SEMNĂTURA ȘI ȘTAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE INTERIORUL ULTIMEI COPERTE.***

**Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României**
**Contractul de credit bancar : principiile, legea, uzanțele /**
ed.: Lucian Bercea. - Bucureşti : Universul Juridic, 2014
ISBN 978-606-673-266-6

I. Bercea, Lucian (ed.)

347.74(498)

**REDACȚIE:** tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0732.320.666**
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

**DEPARTAMENTUL DISTRIBUȚIE:** telefon: **021.314.93.15**
tel./fax: **021.314.93.16**
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

**www.universuljuridic.ro**

15 IUN. 2017

BU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

## Cuprins

**CUVÂNT ÎNAINTE** ..... 7

**I. CREDITUL BANCAR. PRINCIPII ŞI REGULI COMUNE** ..... 9

CONTRACTELE BANCARE ÎN NOUL COD CIVIL. COMENTARII
Gheorghe Piperea ..... 11

CREDITUL BANCAR. O ÎNCERCARE DE CONCEPTUALIZARE
Lucian Bercea ..... 36

RĂSPUNDEREA INSTITUŢIILOR DE CREDIT ÎN CADRUL CONTRACTULUI DE CREDIT BANCAR
Ianfred Silberstein ..... 68

CARACTERUL ONEROS AL CONTRACTULUI DE IPOTECĂ
Radu Rizoiu ..... 82

EXECUTAREA SILITĂ A CONTRACTELOR DE CREDIT BANCAR – ASPECTE TEORETICE ŞI PRACTICE
Lucian Săuleanu ..... 102

POZIŢIA CREDITORULUI BANCAR ÎN PROCEDURA INSOLVENŢEI
Radu Bufan, Florentina Folea ..... 117

RISCUL DE CREDIT, TIPURI DE GARANŢII ŞI INTERACŢIUNEA DINTRE ACESTEA ÎN CONTRACTELE DE CREDIT BANCAR
Sorina Ioana Doroga ..... 128

**II. CREDITUL BANCAR PENTRU CONSUM** ..... 141

CERTITUDINI ŞI DILEME PRIVIND EXECUTAREA CONTRACTELOR DE CREDIT PENTRU CONSUM
Emilia Mihai ..... 143

REGIMUL JURIDIC AL CLAUZELOR ABUZIVE ÎN CONTRACTELE DE CREDIT BANCAR
Carmen Adriana Gheorghe ..... 157

LEASINGUL PENTRU CONSUM DIN PERSPECTIVA ORDONANȚEI DE URGENȚĂ A GUVERNULUI NR. 50/2010 PRIVIND CONTRACTELE DE CREDIT PENTRU CONSUMATORI
Sergiu Popovici ..... 173

ASPECTE DE DREPT COMPARAT PRIVIND PROTECȚIA CONSUMATORULUI DE CREDITE
Alexandra Rusu ..... 190

**III. ALTE FORME SPECIALE ALE CREDITULUI BANCAR** ..... 221

SCRISOAREA DE GARANȚIE BANCARĂ
Rada Postolache ..... 223

ROLUL BĂNCII NAȚIONALE A ROMÂNIEI ÎN SFERA CONTRACTELOR DE ECONOMISIRE-CREDITARE
Lavinia Elena Smarandache ..... 249

REGLEMENTAREA FACTORINGULUI ŞI A OPERAȚIUNII DE FORFETARE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNEASCĂ
Roxana Mușoi ..... 273

CREDITUL SINDICALIZAT. PARTICULARITĂȚI ŞI PRACTICĂ
Bogdan Pleşuvescu, Iulia Bogdan ..... 289

BCU IAȘI / CENTRUL UNIVERSITAR LIBRARY

## Cuvânt înainte

Volumul de față abordează, din diferite perspective, contractul de credit bancar, figură juridică esențială pentru buna funcționare a economiei. Având o dinamică remarcabilă, transformările sistemului bancar, provocate de fenomenele de instabilitate economică din ultimii ani, constituie premisa actualității lucrării.

Studiile care alcătuiesc volumul oferă o perspectivă sincronică asupra contextului normativ, doctrinar şi jurisprudențial al unuia dintre cele mai importante instrumente care asigură suport juridic circuitelor financiare. Mizele stabilității şi viabilității sistemului bancar sunt puternic legate de performanța creditării bancare, iar aceasta depinde, la rândul ei, de un cadru contractual coerent, funcțional, echilibrat.

Cartea urmăreşte să producă o diagnoză a problemelor care alcătuiesc nucleul dezbaterilor din doctrină asupra contractului de credit bancar, dar şi o analiză a unor chestiuni adiacente. Simpla inventariere a subiectelor puse în discuție (conceptualizarea creditului bancar, reglementarea creditului bancar în noul Cod civil, mecanismul juridic al creditării, riscul de credit şi garanțiile asociate creditării, formele speciale ale creditului bancar, tratamentul creditului în procedura insolvenței sau în executarea silită de drept comun, răspunderea băncilor pentru conduita contractuală în relația cu clientul creditat) oferă o imagine elocventă a complexității temelor examinate. Cele 15 studii care formează angrenajul volumului sunt structurate în trei părți: *Creditul bancar. Principii şi reguli comune*, *Creditul bancar pentru consum*, *Alte forme speciale ale creditului bancar*.

Semnează lucrări (în ordinea în care se regăsesc în cuprins) Gheorghe Piperea, Lucian Bercea, Ianfred Silberstein, Radu Rizoiu, Lucian Săuleanu, Radu Bufan, Florentina Folea, Sorina

Ioana Doroga, Emilia Mihai, Carmen Adriana Gheorghe, Sergiu Popovici, Alexandra Rusu, Rada Postolache, Lavinia Elena Smarandache, Roxana Muşoi, Bogdan Pleşuvescu şi Iulia Bogdan. Diversitatea statutului profesional al acestora (universitari, specialişti din banca centrală şi instituții de credit, avocați) asigură nu numai ancorarea analizelor, deopotrivă, în teoria şi practica bancară, a căror interacțiune este mijlocită de autori, dar şi complementaritatea perspectivelor din care sunt abordate subiectele.

Resortul colectiv care a generat prezenta lucrare a fost conferința omonimă desfăşurată la Timişoara în perioada 8-9 noiembrie 2012, în organizarea Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timişoara şi a Asociației Europene pentru Drept Bancar şi Financiar – România.

Se cuvin mulțumiri editorului *Universul Juridic*, pentru competența şi promptitudinea cu care a sprijinit apariția cărții.

*Lucian Bercea*

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

B.C.U. „M. EMINESCU" IAȘI

# I. CREDITUL BANCAR. PRINCIPII ŞI REGULI COMUNE

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# CONTRACTELE BANCARE ÎN NOUL COD CIVIL. COMENTARII

*Prof. univ. dr. Gheorghe PIPEREA*
*Facultatea de Drept*
*Universitatea din Bucureşti*

***Abstract:*** *The regulation of banking contracts in the new Romanian Civil code, a first in Romanian private law, gives occasion to explanatory comments of the law texts, accompanied by references to the relevant doctrine, case-law and banking practices.*

***Keywords:*** *banking contract, current bank account, bank deposit, credit facility.*

***Rezumat:*** *Reglementarea contractelor bancare în noul Cod civil român, o premieră în dreptul privat din România, prilejuieşte comentarii explicative ale textelor de lege, însoţite de referiri la doctrina şi jurisprudenţa anterioare în materie, precum şi la uzanţele bancare.*

***Termeni-cheie:*** *contract bancar, cont bancar curent, depozit bancar, facilitate de credit*

## Contul bancar curent

***Art. 2.184 (Dreptul de a dispune de soldul creditor)***
*În cazul în care depozitul bancar, creditul sau orice altă operaţiune bancară se realizează prin contul curent, titularul contului poate să dispună în orice moment de soldul creditor al contului, cu respectarea termenului de preaviz, dacă acesta a fost convenit de părţi.*

**1.** Contractul de cont curent bancar nu este definit de art. 2.184-2.190 C. civ., texte dedicate acestei figuri juridice. Reglementarea face referire doar la unele efecte ale contractului, la situaţii de cotitularitate şi indiviziune asupra soldului contului, la

componenta de mandat a contului, la prescripția drepturilor rezultate din contract şi la denunțarea sa unilaterală (de altfel, nu este reglementat în Codul civil nici contractul de credit, care nu este un simplu contract de împrumut; sunt reglementate scrisoarea de garanție bancară şi scrisoarea de confort, sub denumirea de „garanții autonome" în materia garanțiilor personale).

Contul curent bancar este un depozit remunerat de bani, fără termen (la vedere), peste care se suprapune, de regulă, şi un mandat acordat băncii de titularul contului pentru a efectua diferite plăți sau operațiuni din cont în numele şi pe seama titularului. Acest depozit poate fi desființat oricând. Banca–depozitar devine proprietar al banilor depuşi (care-şi pierd individualitatea după depunerea lor în contul curent), titularul contului având doar dreptul de creanță asupra banilor. Dar titularul contului curent bancar are dreptul de a dispune oricând de soldul creditor al contului prin retrageri, prin viramente sau emitere de titluri de plată ori prin constituire de garanții asupra soldului creditor şi, în plus, creditorii săi personali pot popri (cu titlu asiguratoriu sau cu titlu executoriu) sumele aflate în soldul creditor. Pe de altă parte, contul curent bancar are şi o componentă de mandat, în care banca are calitatea de mandatar pentru titularul contului, calitate în care banca poate efectua plăți în numele şi pe seama titularului contului. În fine, sumele aflate în contul curent pot fi debitate automat de bancă (sumele sunt trase din cont pentru acoperirea datoriilor titularului contului către bancă) sau pot fi supuse unor compensări între bancă şi titularul contului.

Contractul de cont curent bancar nu este un contract de cont curent. Din definiția acestuia, emisă de art. 2.171 C. civ., rezultă că, spre deosebire de contul curent bancar, contractul de cont curent presupune ca părțile („curentiştí") să-şi înscrie în cont creanțele decurgând din remiteri reciproce, părțile considerând aceste creanțe reciproce neeligibile şi indisponibile până la închiderea contului. Doar soldul creditor al contului de la închiderea sa este o creanță exigibilă; în caz că această creanță nu se achită, urmează ca ea să se constituie într-o primă remitere

pentru un nou cont curent, dacă părțile nu convin altfel. Aşadar, suntem în prezența unor prestații (remiteri) periodice şi reciproce ale părților, făcute pe perioade lungi de timp (de obicei un an, perioadă care corespunde anului „fiscal"), în care părțile sunt creditor şi debitor în acelaşi timp. Creanțele sunt nescadente şi indisponibile (titularul acestora nu poate dispune de ele şi nici terții nu le pot popri), fiind supuse şi unei compensații, la finalul perioadei contractate. În schimb, contul curent bancar nu elimină exigibilitatea soldului creditor (de care titularul poate dispune oricând şi pe care terții îl pot popri) şi nu opreşte banca să debiteze automat sumele aflate în cont pentru datorii ale titularului contului față de bancă.

2. Contul curent bancar este, în primul rând, un depozit remunerat. Dobânzile plătibile de bancă titularului contului pentru sumele aflate în contul curent sunt cu mult mai mici decât dobânzile la depozit, aceasta întrucât sumele disponibile nu sunt menite să fie păstrate în cont, ci să circule.

Retragerile, precum şi viramentele ordonate de titularul contului curent bancar, presupun un comision acordat băncii stabilit, de regulă, ca procent din sumele implicate, dar şi sub formă de costuri fixe. De regulă, dacă se depăşeşte un plafon zilnic de retrageri, titularul contului trebuie să dea băncii un preaviz de minimum o zi. În caz de urgență (titularul băncii nu respectă termenul de preaviz), se plăteşte un comision de retragere majorat. Aceste costuri sunt justificate de componenta de mandat a contului curent.

3. Soldul creditor reprezintă „disponibilul" în contul curent. Titularul poate emite cecuri (sau alte instrumente de plată) asupra acestui disponibil, caz în care disponibilul devine „provizion" sau „acoperire a cecului". Dacă disponibilul este retras de titular, tras de bancă sau poprit de terț înainte ca cecul să fie încasat de beneficiar, titularul contului va fi înscris, practic, automat, în Centrala Incidentelor de Plăți (cu consecința interdicției de a emite cecuri şi de a lua credite pe o perioadă de un an, respectiv, 5 ani) şi va putea fi urmărit pentru infracțiunea de înşelăciune prin

emiterea de cecuri fără acoperire. Dacă este profesionist, titularul contului curent bancar poate emite şi cambii sau bilete la ordin. Emiterea de astfel de titluri de credit fără acoperire este sancționată, de asemenea, cu înscrierea emitentului în Centrala Incidentelor de Plăți, dar fapta nu este infracțiune decât dacă sunt întrunite elementele înşelăciunii obişnuite.

4. Dacă depozitul bancar, creditul sau alte operațiuni bancare se realizează prin contul curent, titularul poate să dispună de soldul creditor, cu respectarea termenului de preaviz, dacă acesta a fost convenit.

5. Contractele de cont curent bancar (ca, de altfel, toate celelalte contracte bancare) sunt, de regulă, contracte de adeziune, preformulate. De regulă, aceste contracte sunt non-negociabile. În relațiile cu consumatorii, ele pot conține clauze abuzive (definite de art. 4 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive în contractele încheiate de profesionişti cu consumatorii drept clauze din contracte nenegociate care creează în detrimentul consumatorului un dezechilibru semnificativ al prestațiilor, contrar cerințelor bunei-credințe). Aceste clauze abuzive sunt fără efect față de consumatori şi, în plus, pot fi înlăturate din contract, prin acțiune în constatarea nulității.

> Art. 2.185 *(Compensarea reciprocă a soldurilor)*
> *În cazul în care între instituția de credit şi client există mai multe raporturi juridice sau mai multe conturi, chiar şi în monede diferite, soldurile active şi pasive se compensează reciproc, afară de cazul în care părțile au convenit altfel.*

1. În conformitate cu art. 2.185 C. civ., se pot efectua între bancă şi titularul contului curent bancar compensări reciproce între solduri active (creditor) şi solduri pasive (debitor), fie că este vorba de acelaşi cont, fie că este vorba de compensări între mai multe conturi sau raporturi juridice.

Efectul de compensație este implicit, rezultând din lege. Părțile pot înlătura, însă, acest efect prin convenție contrară sau prin stipulație contrară în convențiile existente.

Cu toate că efectul de compensație rezultă din lege și se extinde, de regulă, la totalitatea raporturilor juridice dintre titularul contului și bancă, totuși banca va trebui să urmeze instrucțiunile exprese ale titularului contului prin care acesta indică o destinație precisă a plăților sau tragerilor din contul curent. Spre exemplu, dacă titularul contului are cu banca un contract de credit ipotecar și un contract de credit de nevoi personale și, prin instrucțiune expresă sau indicație scrisă pe ordinul de plată, titularul arată că plata este menită a achita rate și dobânzi din creditul de nevoi personale, și nu costuri ale creditului ipotecar sau alte costuri ale băncii, atunci banca nu poate face o altă imputație a plății, întrucât și-ar încălca obligația de executare a mandatului (raport juridic care se grefează pe contractul de depozit).

2. Debitarea automată a conturilor (banca trage din contul curent sumele pe care i le datorează titularul contului, fie cele rezultate din contractul de cont curent, în sine, fie cele rezultate din alte raporturi juridice între banca și titularul contului) este o formă de compensare, în sensul art. 2.185 C. civ. Această operațiune, care este agreată de bancă și de titularul contului prin contract sau prin înțelegere expresă ulterioară, nu este o executare silită, ci o realizare în natură a unei clauze din contract. În concursul cu o executare silită prin poprire începută de un terț (inclusiv de fisc), debitarea automată a conturilor este prioritară, efectul de compensare fiind, de altfel, implicit și producându-se chiar în lipsa unei clauze exprese în contract. Doar oprirea efectului de compensare trebuie să fie expresă, nu și producerea acestuia.

3. Executarea silită asupra sumelor din contul curent care reprezintă venituri băneşti periodice ale titularului contului curent (sau remunerații echivalente, primite periodic de titular în contul curent) se poate efectua în limita unei treimi din salariu; restul de două treimi din sumele reprezentând salarii lunare sunt insesizabile (art. 409 C. pr. civ. 1864; art. 728 C. pr. civ.). Compensarea reciprocă a soldurilor, în general, și debitarea automată

a contului curent nu sunt, însă, forme de executare silită; în consecință, în aceste cazuri, nu este aplicabilă regula insesizabilității celor două treimi din salariu.

*Art. 2.186 (Cotitularii unui cont curent)*
*În cazul în care un cont curent are mai mulți titulari și s-a convenit că fiecare dintre aceștia are dreptul să dispună singur efectuarea de operațiuni în cont, cotitularii sunt considerați creditori sau debitori în solidar pentru soldul contului.*

Dacă există cotitulari de cont curent bancar care au dreptul, fiecare, să dispună singur de operațiuni pe cont *(joint account)*, aceştia sunt considerați creditori sau, după caz, debitori solidari pentru soldul contului.

În practică, acest gen de conturi curente bancare sunt utilizate în cazul în care soții, coproprietarii, asociații în societăți simple, administratorii sau organele de administrare ale unor persoane juridice decid sau, după caz, sunt obligați prin mandat sau prin contract de societate să opereze fiecare pe conturile curente bancare.

Este posibil ca, prin convenția cu banca, regula legală (implicită) a individualității în operarea contului de cont curent să fie înlocuită cu formalitatea dublei semnături pentru efectuarea unora sau a tuturor operațiunilor pe cont.

În calitate de creditori solidari ai soldului creditor, cotitularii pot oricând să desființeze contul şi să încaseze soldul creditor, pot efectua operațiuni de viramente sau emitere de titluri de plată şi pot constitui garanții asupra soldului creditor.

Întrucât contul curent bancar nu este un credit bancar, nu există, practic, un sold debitor al contului curent. Mai degrabă, cotitularii contului curent bancar sunt debitori solidari față de bancă pentru costurile aferente contului curent.

*Art. 2.187 (Contul curent indiviz)*
*(1) În cazul în care titularul contului decedează, până la efectuarea partajului, moștenitorii sunt considerați titulari coindivizari ai contului, pentru efectuarea operațiunilor în cont fiind necesar consimțământul tuturor coindivizarilor.*

*(2) Creditorul personal al unuia dintre comoştenitori nu poate urmări silit prin poprire soldul creditor al contului indiviz. El poate doar să ceară partajul.*
*(3) Comoştenitorii sunt ţinuţi divizibil faţă de instituţia de credit pentru soldul debitor al contului, dacă prin lege sau prin convenţie nu se stabileşte altfel.*
*(4) Dispoziţiile prezentului articol sunt aplicabile în mod corespunzător şi în alte cazuri de indiviziune între titularii contului curent, dacă prin lege nu se prevede altfel.*

1. În cazul în care contul curent a avut ca titular o persoană decedată, soldul acestui cont curent trece la moştenitori în stare de indiviziune succesorală. Comoştenitorii (succesorii care au acceptat moştenirea) sunt titulari indivizi ai contului, pe toată perioada până la efectuarea partajului. Aceşti cotitulari nu pot face operaţiuni, până la partaj, decât cu consimţământul unanim al coindivizarilor. Este o diferenţă netă faţă de situaţia cotitularilor reglementată la art. 2.186 C. civ., mai sus analizată.

2. Prin faptul că, până la efectuarea partajului, niciunul dintre comoştenitori nu este titular al contului curent, ci cotitular în indiviziune cu ceilalţi moştenitori, este oprit creditorului să demareze o urmărire silită asupra sumelor aflate în contul curent indiviz. Creditorul personal nu poate urmări silit prin poprire sumele aflate în contul curent indiviz, dar poate cere partajul. Acest partaj ar putea fi demarat în mod voluntar de moştenitorul-debitor, dar în cazul analizat, partajul este demarat de creditor în locul debitorului coindivizar; suntem în prezenţa unui partaj parţial, cu efecte doar în privinţa sumelor din cont, şi nu a unui partaj pe toate bunurile dobândite prin moştenire. Deşi nu rezultă din dispoziţiile art. 2.187 C. civ., este evident că creditorii moştenirii (creditorii lui *de cujus*), care sunt, în proporţia dată de cota de moştenire, şi creditorii fiecăruia dintre moştenitori, vor putea urmări silit sumele aflate în contul indiviz. În acest fel, până la efectuarea partajului, se instituie în persoana comoştenitorului debitor o fragmentare de patrimoniu şi o segregare între creditori.

3. Art. 2.187 C. civ. instituie divizibilitatea datoriilor comoştenitorilor faţă de bancă pentru soldul debitor al contului. Fiecare dintre comoştenitori va fi ţinut faţă de bancă în proporţia dată de cota sa din moştenire, şi nu pentru întreaga suma datorată. Aceasta regulă nu se referă la orice datorii faţă de bancă ale moştenirii, ci doar la soldul contului curent. Spre exemplu, regula divizibilităţii nu se aplică facilităţii de credit. Prin lege sau convenţie se pot stabili derogări de la această regulă (indivizibilitatea sau extinderea divizibilităţii la toate datoriile faţă de bancă).

4. Regulile de mai sus, relative la cotitularitatea în caz de comoştenitori, sunt aplicabile şi în alte cazuri de indiviziune, cum ar fi bunurile comune ale soţilor [dispoziţiile art. 346 alin. (2) C. civ. relative la dispoziţia asupra bunurilor mobile comune nu se aplică în cazul soldului creditor al contului bancar] sau bunurile deţinute în devălmăşie de composesorate. Aceste reguli nu se referă, însă, la simpla coproprietate, întrucât aceasta este reglementată la art. 2.186 C. civ.

*Art. 2.188 (Denunţarea unilaterală)*
*În cazul în care contractul de cont bancar curent este încheiat pe durată nedeterminată, oricare dintre părţi poate să denunţe contractul de cont curent, cu respectarea unui termen de preaviz de 15 zile, dacă din contract sau din uzanţe nu rezultă un alt termen, sub sancţiunea de daune-interese.*

1. Contul curent bancar încheiat pe perioada nedeterminată poate fi denunţat unilateral de oricare dintre părţi. Pentru aceasta, cel care solicită încetarea contului curent bancar va da celeilalte părţi un preaviz de 15 zile. În cazul nerespectării acestui termen de preaviz, partea în culpă va putea fi obligată la daune.

Având în vedere importanţa existenţei disponibilului în contul curent bancar pentru emiterea de cecuri, simplul preaviz de denunţare unilaterală de către bancă a contului curent nu este, de regulă, suficient. Conform contractului sau uzanţelor, acest preaviz trebuie însoţit de comunicări, scrise sau verbale, suplimentare,

pentru a nu-l expune pe titular sancțiunilor dure ale emiterii de cecuri fără acoperire.

Din contract sau din uzanțe bancare poate să rezulte fie faptul că încetarea unui astfel de contract intervine fără preaviz, prin simpla notificare, fie că preavizul este mai scurt ori mai lung decât cele 15 zile prevăzute în art. 2.188 C. civ.

2. Contractul de cont curent bancar încheiat pe perioadă determinată nu poate fi denunțat unilateral. Încetarea înainte de termenul prevăzut în contract este posibilă numai prin acordul părților.

3. Într-o anumită măsură, dispozițiile art. 2.188 C. civ. sunt în contradicție cu art. 105-109 din O.U.G. nr. 113/2009 privind serviciile de plată. Întrucât O.U.G. nr. 113/2009 este o lege specială, înseamnă că normele cuprinse aici sunt derogatorii de la dreptul comun şi se aplică prioritar față de legea generală.

Astfel, potrivit art. 105-109 din O.U.G. nr. 113/2009, utilizatorul serviciilor de plată (titularul contului curent bancar) poate denunța unilateral contractul-cadru oricând (deci nu doar cu preaviz de 15 zile), dacă părțile nu au convenit o perioadă de notificare, care nu poate depăşi 30 de zile. Denunțarea unilaterală de către utilizatorul serviciilor de plată a unui contract-cadru încheiat pe o durată determinată mai mare de 12 luni sau pe o durată nedeterminată se face în mod gratuit pentru utilizatorul serviciilor de plată, după expirarea unui prim termen de 12 luni. În toate celelalte cazuri, prețul perceput de prestatorul de servicii de plată (banca) pentru denunțarea unilaterală a contractului de către utilizatorul serviciilor de plată trebuie să corespundă costurilor efective ale prestatorului serviciilor de plată, să se limiteze la acoperirea acestora, să nu conducă la obținerea de venituri suplimentare sau la descurajarea utilizatorului de a denunța unilateral contractul. Înainte de încheierea contractului, precum şi în contractul-cadru, prestatorul de servicii de plată (banca) stabileşte şi îi comunică utilizatorului (titularului contului curent bancar) prețul total aferent denunțării unilaterale a

contractului sau modul de calcul al acestuia. În cazul în care se convine astfel în contractul-cadru, prestatorul de servicii de plată (banca) poate, la rândul său, să denunțe unilateral un contract-cadru încheiat pe o durată nedeterminată prin transmiterea unui preaviz cu cel puțin două luni înainte (şi nu cu doar 15 zile înainte, aşa cum pretinde art. 2.188 C. civ.). Prețul perceput periodic pentru serviciile de plată este suportat de către utilizatorul serviciilor de plată doar proporțional cu perioada care precedă încetarea contractului. În cazul în care prețul este plătit în avans, acesta este rambursat proporțional.

4. Faptul că se permite denunțarea unilaterală a contului curent bancar nu înseamnă înlăturarea prevederilor legale cu privire la nulitatea contractelor sau la imposibilitatea executării acestora şi nici a celor cu privire la dreptul părților de a solicita încetarea contractului ca urmare a neîndeplinirii culpabile de către o parte a obligațiilor contractuale.

*Art. 2.189 (Executarea împuternicirilor primite)*
*(1) Instituția de credit este ținută, potrivit dispozițiilor prevăzute în materia contractului de mandat, pentru executarea împuternicirilor primite de la client.*
*(2) Dacă împuternicirea primită trebuie executată pe o piață unde nu există sucursale ale instituției de credit, aceasta poate să împuternicească la rândul ei o filială a sa, o instituție de credit corespondentă sau o altă instituție de credit ori o altă entitate agreată de titularul de cont şi instituția de credit.*

1. Instituția de credit ce ține deschis contul curent pentru client poate fi mandatar al acestuia pentru anumite împuterniciri, în principal pentru plăți efectuate de bancă, în numele şi pe seama titularului contului, din sumele aflate în cont, respectiv pentru încasări de sume în cont, în numele şi pe seama titularului contului. În cazul plăților, nu este necesar un contract separat de mandat. Contractul de cont curent în sine este un suport suficient al împuternicirii instituției de credit de a efectua plăți în numele şi pe seama titularului. De exemplu, din cont se pot plăti facturi de utilitate, rate, rente, chirii, taxe şi impozite etc. Pe disponibilul din

cont se pot emite titluri de plata (cecuri) sau de credit (cambii, bilete la ordin), precum şi acreditive.

Dar, dacă operaţiunile efectuate de bancă pentru client sunt altele decât plăţile (spre exemplu, colectarea de dobânzi, chirii, dividende, *incasso*-uri), împuternicirea băncii trebuie să fie expresă. De principiu, operaţiuni cum sunt cele efectuate de bancă pentru client pe bursă, pe piaţa valutară, pe piaţa de mărfuri sau active financiare etc., fac obiectul altor contracte de servicii bancare sau, dacă sunt reglementate prin contractul de cont curent bancar, mandatul trebuie să fie expres, natura contractului de cont curent nemaifiind exclusiv aceea de depozit. Tocmai de aceea ar fi fost nevoie de definirea contractului de cont curent, nefiind suficientă doar stabilirea unor reguli de operare a contului.

2. De regulă, mandatul se exercită de bancă, în mod nemijlocit, sau de sucursalele sale (ori de alte sedii secundare ale acesteia). Mandatul pentru sucursale şi alte sedii secundare este automat, operaţiunile fiind efectuate, din perspectiva relaţiei banca – sucursală, *on-line*. Titularul contului efectuează aceste operaţiuni într-un singur câmp virtual, efectele producându-se pentru întreaga reţea de sedii secundare ale băncii.

Dacă pe piaţa unde trebuie executat mandatul nu există sucursale sau sedii secundare ale băncii, acestea pot să dea un submandat filialelor lor sau unor bănci corespondente, altor instituţii de credit ori altor entităţi agreate de titularul de cont şi instituţia de credit (în acest caz, este necesară o nouă convenţie a părţilor cu privire la agrearea submandatarului), pentru a executa mandatul primar. De regulă, aceste situaţii se întâlnesc atunci când suntem în prezenta unor operaţiuni sau acte juridice cu elemente de extraneitate (plăţi externe, acreditive şi *incasso*-uri, conosamente, titluri de credit care circulă în comerţul internaţional etc.) şi banca nu are sucursale în străinătate. În aceste situaţii se aplică regulile relative la mandat şi substituirea mandatarilor, inclusiv sub raportul răspunderii mandatarului şi a submandatarului.

3. Art. 2.189 alin. (2) C. civ. sugerează că ar exista o filială a sucursalei. În realitate, sucursala este un dezmembrământ al

personalității juridice a instituției de credit, iar filiala o societate deținută de bancă, neexistând în dreptul nostru un dezmembrământ al sucursalei.

> *Art. 2.190 (Termenul de prescripție)*
> *(1) Dreptul la acțiunea în restituirea soldului creditor rezultat la închiderea contului curent se prescrie în termen de 5 ani de la data închiderii contului curent.*
> *(2) În cazul în care contul curent a fost închis din inițiativa instituției de credit, termenul de prescripție se calculează de la data la care titularul sau, după caz, fiecare cotitular al contului a fost notificat în acest sens prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire la ultimul domiciliu sau sediu adus la cunoștința instituției de credit.*

Dacă se închide contul curent, din orice motiv, soldul creditor poate fi solicitat de titular sau de moştenitorii lui în termen de 5 ani de la închiderea contului, sub sancțiunea prescripției.

Acest termen de prescripție de 5 ani este calculat de la: (i) închiderea contului din inițiativa titularului; (ii) data primirii de către fiecare titular/cotitular a notificării prin scrisoarea recomandată cu confirmare de primire, când închiderea contului s-a făcut din inițiativa băncii.

În practica bancară se deschid solduri colectoare pentru sumele rămase în conturile curente înainte de închiderea lor, aceste sume fiind colectate şi păstrate în conturi colectoare pe toata perioada prescripției. După împlinirea termenului de prescripție, sumele devin venituri ale băncii, pe care se vor aplica taxe şi impozite.

Obligația de restituire a soldului subzistă, însă, chiar dacă aceasta este o obligație naturală. Banca nu poate fi obligată de titular la plată, dar, din proprie voința, banca va putea plăti titularului acest sold. O astfel de plată nu ar putea fi considerată plată nedatorată, ci o plată în sens de *solutio*. De aceea, dacă între timp banca va fi plătit taxe şi impozite pe sumele prescrise, considerate venituri, ea va avea dreptul la restituirea taxelor şi impozitelor.

## Depozitul bancar

*Art. 2.191 (Depozitul de fonduri)*
*(1) Prin constituirea unui depozit de fonduri la o instituție de credit, aceasta dobândește proprietatea asupra sumelor de bani depuse și este obligată să restituie aceeași cantitate monetară, de aceeași specie, la termenul convenit sau, după caz, oricând, la cererea deponentului, cu respectarea termenului de preaviz stabilit de părți ori, în lipsă, de uzanțe.*
*(2) În lipsă de stipulație contrară, depunerile și retragerile se efectuează la sediul unității operative a băncii unde a fost constituit depozitul.*
*(3) Instituția de credit este obligată să asigure, în mod gratuit, informarea clientului cu privire la operațiunile efectuate în conturile sale. În cazul în care clientul nu solicită altfel, această informare se realizează lunar, în condițiile și în modalitățile convenite de părți. Dispozițiile art. 2.180 sunt aplicabile în mod corespunzător.*

1. Depozitul de fonduri este o varietate de contract de depozit remunerat. Diferența esențială între varietate și model este că, în cazul depozitului de fonduri, instituția de credit devine proprietara sumelor de bani depuse. De altfel, banii sunt bunuri fungibile; cel care le primește nu are obligația să le restituie în individualitatea lor, ci să restituie bunuri de aceeași specie. În calitate de depozitar, instituția de credit este un debitor al obligației de a restitui aceeași cantitate monetară, de aceeași specie (în aceeași monedă), la termenul convenit. La cererea deponentului, restituirea se poate face și înainte de termen, cu un preaviz convențional sau rezultat din uzanțe. În caz de desființare anticipată a depozitului, banca va fi îndreptățită la despăgubiri. De regulă, aceste despăgubiri se concretizează într-o reținere din dobânda convenită pentru depozitul la termen, dar pot fi pretinse, în caz de revocare intempestivă a depozitului, și alte daune.

2. Depunerea și retragerea de fonduri se efectuează, de regulă, la aceeași unitate operativă a băncii unde a fost constituit depozitul. Dar în contractul de depozit se poate stipula altfel. Pe de altă parte, dată fiind conectarea *on-line* a unităților băncii, depunerile și retragerile se pot facilita la unități diferite ale băncii.

3. Obligația de informare pe care banca o are față de deponent este o obligație ce rezultă din lege şi care are titlu gratuit. Această obligație, specifică figurii juridice a contului curent, se extinde prin dispoziția art. 2.191 alin. (3) C. civ. şi la depozitul de fonduri, ceea ce poate fi considerat excesiv în raporturile băncii cu profesioniştii, dar justificat în raporturile băncii cu simplii particulari (consumatori). Cu toate că din punct de vedere economic este un exces care duce la mărirea indirectă a costurilor operațiunilor bancare suportate, în final, tot de clienți, regula relativă la informarea gratuită se referă nu numai la clienții consumatori, ci şi la clienții profesioniști.

Informarea se efectuează lunar, în condițiile şi modalitățile convenite prin contract, dar clientul (deponent) poate solicita ca această informare să se efectueze în alt mod. Această solicitare este valabilă şi opozabilă băncii chiar şi în lipsă de stipulație în convenție sau în contra acesteia (ceea ce este excesiv).

Clientului i se vor pune la dispoziție extrase de cont în condițiile prevăzute de art. 2.180 C. civ. relative la aprobarea conturilor în cadrul contractului de cont curent. Clientul are la dispoziție un termen (stabilit contractual) pentru a contesta extrasul de cont. În cazul necontestării, se consideră că extrasul este aprobat. Chiar şi după trecerea termenului, dar nu mai târziu de o lună de la aprobare (deci expirarea termenului de contestare), clientul poate contesta erorile de calcul, de înregistrare sau înregistrările duble.

4. Şi depozitul este un contract preformulat, de adeziune. În cazul consumatorilor, el poate fi afectat de potențiale clauze abuzive.

5. O serie de figuri juridice foarte des utilizate în afaceri şi care implică bănci, dar care sunt contracte nenumite în dreptul nostru, îşi pot găsi suport legal, cel puțin prin analogie, în contractul de depozit de fonduri. Este cazul, spre exemplu, al contului *escrow* sau cazul contractului de garanție pe sumele de bani depuse într-un cont la dispoziția băncii *(cash collateral)*.

Contractul de cont *escrow* şi *cash*-ul colateral pot fi considerate specii ale depozitului bancar.

Contractul de *escrow account* creează un cont de depozit blocat la dispoziția creditorului până când debitorul îndeplineşte obligația de plată a prețului, de rambursare a creditului, de plată a dobânzilor sau de constituire a unei garanții reale. *Escrow*-ul interpune între părțile unei tranzacții o bancă (agent de *escrow*) care va păstra suma vizată până la momentul în care creditorul unei obligații condiționate îşi va îndeplini condiția respectivă, în cazul neîndeplinirii condiției suma vizată reîntorcându-se la debitorul obligației condiționate. Spre exemplu, într-un contract de vânzare-cumpărare, prețul se blochează într-un cont *escrow*, la dispoziția vânzătorului, până în momentul în care acesta face dovada către banca – agent *escrow*, că are titlu de proprietate valabil asupra bunului, că bunul este liber de orice sarcină, că are autorizație de construcție etc.

Garanția de tip *cash collateral* presupune constituirea de către debitor sau de către un terț (de obicei, societatea-mamă sau o afiliată a debitorului) a unei sume de bani cu titlu de garanție, într-un cont aflat la dispoziția băncii finanțatoare. Neplata la scadență a debitelor dă dreptul băncii finanțatoare să debiteze automat contul de *cash collateral*. În cazul în care cel ce constituie garanția în bani este un terț, şi nu debitorul, este prudent pentru terț să îşi asigure o garanție contra debitorului pentru dreptul său de regres, întrucât debitarea automată a sumelor aflate în contul de *cash collateral* nu îndeplineşte, în sine, condițiile legale pentru a fi considerată o subrogație. De asemenea, este prudent pentru terțul garant ca în contractul de *cash collateral* să se introducă o clauză care să oblige banca beneficiară a garanției ca, în caz de neplată din partea debitorului, să îl notifice pe terțul garant, pentru ca acesta să îşi poată da acordul expres de plată, evitând debitarea automată a contului. Într-adevăr, nu terțul garant face plata, ci banca îşi încasează banii care îi stau la dispoziție în contul de *cash collateral*, aşa că terțul nu se va putea considera subrogat în

drepturile băncii şi, în consecinţă, nu va prelua automat eventualele garanţii aferente. Or, aşa cum se ştie, în cazul subrogaţiei consimţită de creditor, prima condiţie de valabilitate este aceea ca cel ce se subrogă să efectueze o plată a creanţei, în sens de *solutio*. Dacă astfel de măsuri prudenţiale nu sunt luate, terţul garant poate avea surpriza neplăcută să îşi vadă negarantată creanţa rezultată din dreptul de regres contra debitorului, riscul insolvabilităţii acestuia fiind, în întregime, suportat de terţul garant.

*Art. 2.192 (Depozitul de titluri)*
*(1) Prin constituirea unui depozit de titluri, instituţia de credit este împuternicită cu administrarea acestora. În lipsă de dispoziţii speciale, prevederile art. 792–857 sunt aplicabile în mod corespunzător.*
*(2) Instituţia de credit are dreptul la rambursarea cheltuielilor efectuate pentru operaţiunile necesare, precum şi la o remuneraţie, în măsura stabilită prin convenţie sau prin uzanţe.*
*(3) Este considerată nescrisă orice clauză prin care instituţia de credit este exonerată de răspundere pentru neexecutarea obligaţiilor care îi revin în administrarea titlurilor cu prudenţă şi diligenţă.*

1. Depozitul de titluri este o varietate de contract de depozit. Diferenţa specifică depozitului de titluri constă în faptul că instituţia de credit este împuternicită cu administrarea acestora. Spre deosebire de depozitul de fonduri, în cazul căruia banca devine proprietarul fondurilor depuse, în cazul depozitului de titluri banca este un simplu detentor al titlurilor, dar care, în virtutea împuternicirii de administrare, poate să şi dispună de acestea, în numele şi pe seama deponentului.

Întrucât banca, în cadrul unui depozit de titluri, are împuternicirea de a administra titlurile depuse, art. 2.192 C. civ. dispune că depozitului de titluri îi sunt aplicabile dispoziţiile relative la administrarea bunurilor (simplă sau deplină; în cazul administrării depline, administratorul poate dispune de bunurile administrate, atât individual, cât şi ca universalitate).

Prin contractul de depozit de titluri se poate deroga, totuşi, de la regulile privind administrarea bunurilor. De asemenea, prin

lege specială se pot stabili reguli diferite cu privire la administrarea titlurilor. Spre exemplu, în legislația pieței de capital, băncile-custode administrează titlurile sau activele financiare depuse de participanții la piața de capital după reguli specifice pieței de capital, prevăzute, în principal, de Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, dar şi de legislația secundară emisă în materie.

2. Administrarea deplină înseamnă primirea în depozit, gestiunea, conservarea şi dispoziția (transferul proprietății) asupra titlurilor. Banca deponent este, de regulă, împuternicită şi cu încasarea veniturilor generate de titlurile primite în depozit (dobânzi, dividende), precum şi cu gestiunea, circulația sau darea în garanție a titlurilor. În cazul titlurilor corporative (acțiuni, obligațiuni), banca deponent poate fi împuternicită şi la exercițiul drepturilor aferente acestor titluri, adică votul în adunările generale, informarea asupra afacerilor corporației, drepturi preferențiale de subscripție, retragere. Activitatea de depozit de titluri care implică administrarea acestora este ceea ce în practica afacerilor este denumit *private banking*.

Dacă titlurile luate în depozit sunt instrumente financiare, instituția de credit depozitară trebuie să dețină o autorizație specială prealabilă emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiară.

3. Pentru activitatea de administrare, instituția de credit va fi îndrituită la o remunerație (stipulată în convenția de depozit sau rezultată din uzanțe) şi la rambursarea cheltuielilor efectuate pentru îndeplinirea însărcinării.

4. Clauza de nerăspundere privind neexecutarea obligațiilor de administrare a titlurilor cu prudență şi diligență este considerată nescrisă. În materia administrării de bunuri sunt reglementate mai multe situații de plasamente considerate sigure (art. 831-836 C. civ.). În funcție de caracterul sigur sau nesigur al plasamentelor, răspunderea băncii este mai mult sau mai puțin severă.

## Facilitatea de credit

*Art. 2.193 (Noțiunea)*
*Facilitatea de credit este contractul prin care o instituție de credit, o instituție financiară nebancară sau orice altă entitate autorizată prin lege specială, denumită* finanțator, *se obligă să țină la dispoziția clientului o sumă de bani pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată.*

Facilitatea de credit este contractul prin care un finanțator (instituție de credit, instituție financiară nebancară sau altă entitate autorizată prin lege specială) se obligă să țină la dispoziția clientului o sumă de bani, pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată.

Suma ținută la dispoziția clientului nu este echivalentă cu disponibilul din cont curent, dar, pe măsură ce are nevoie de finanțare pentru operațiunile preconizate, conform convenției, clientul poate face trageri din suma pusă la dispoziția sa. Pe măsura acestor trageri, contul curent al clientului se alimentează periodic de finanțator, în modalitatea convenită prin convenție.

Aplicațiile practice cele mai frecvente ale facilității de credit sunt linia de credit, creditul *revolving*, creditul *overdraft*, cardul de credit. Acestea sunt varietăți de împrumut pe care finanțatorul le acordă periodic sau continuu clientului, pe perioada valabilității facilitații de credit.

Împrumutul de consumație este dreptul comun pentru contractele de credit bancar. Contractul de facilitate de credit este o specie de împrumut. De aceea, reglementarea cuprinsă în art. 2.193-2.196 C. civ. se completează cu regulile de la împrumutul de consumație.

*Art. 2.194 (Utilizarea creditului)*
*Dacă părțile nu au stipulat altfel, clientul poate să utilizeze creditul în mai multe tranșe, potrivit uzanțelor, și poate, prin rambursări succesive, să reînnoiască suma disponibilă.*

Tragerile pe care clientul are dreptul să le efectueze din facilitatea de credit sunt, de regulă, succesive (în tranșe). De altfel, tragerile succesive sunt uzanțe bancare de la care părțile nu pot deroga decât prin clauze exprese în contract.

Rambursarea sumelor utilizate se efectuează dintr-o dată, la finalul perioadei de utilizare a facilității. Cu toate acestea, clientul poate efectua şi rambursări succesive, ocazie cu care se reînnoieşte suma disponibilă.

În cazul cardului de credit, pe măsură ce se efectuează rambursări (de obicei din salarii sau din alte venituri din aceeaşi categorie) suma disponibilă ca facilitate de credit se reînnoieşte, titularul putând cheltui în continuare, în limita sumei acceptate ca facilitate.

*Art. 2.195 (Denunțarea unilaterală)*
*(1) În lipsa unei clauze contrare, finanțatorul nu poate să denunțe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc beneficiarul facilității de credit.*
*(2) Denunțarea unilaterală stinge de îndată dreptul clientului de a utiliza creditul, iar finanțatorul trebuie să acorde un termen de cel puțin 15 zile pentru restituirea sumelor utilizate și a accesoriilor acestora.*
*(3) Dacă facilitatea de credit s-a încheiat pe durată nedeterminată, fiecare dintre părți poate să denunțe contractul, cu respectarea unui termen de preaviz de 15 zile, dacă din contract sau din uzanțe nu rezultă astfel.*

1. În cazul facilității pe perioadă determinată (cu termen), este interzis finanțatorului să denunțe unilateral facultatea de credit fără motive temeinice care privesc beneficiarul facilității de credit. Denunțarea unilaterală nu se poate întemeia pe motive ce nu țin de persoana beneficiarului, nici chiar cele care privesc finanțatorul (criza economică, deteriorarea situației economice a finanțatorului). Pentru astfel de motive, facilitatea de credit nu poate înceta decât prin acordul părților sau pentru motive de impreviziune.

Prin convenția părților se poate deroga de la interdicția denunțării unilaterale. Astfel, se pot prevedea motive de denunțare unilaterală care nu țin de persoana beneficiarului. Clauza contractuală care ar permite denunțarea unilaterală pentru alte motive decât cele temeinice (de exemplu, denunțarea la discreția băncii) ar putea fi considerate nule pentru motiv de condiție pur potestativă. În contractele cu consumatorii, o clauză contractuală care ar permite finanțatorului denunțarea unilaterală în orice

condiții, mai ales dacă este impusă în contracte pre-formulate (de adeziune) poate fi catalogată drept clauză abuzivă.

Efectul denunțării facilității de credit rezidă în stingerea dreptului de a utiliza facilitatea de credit (clientul nu mai are disponibil). În termen de cel puțin 15 zile, termen acordat de finanțator clientului, sumele deja utilizate şi accesoriile acestora trebuie restituite de client. În caz de refuz sau omisiune de restituire, se va putea trece la executarea silită a clientului.

Din perspectiva unui profesionist care emite cecuri, cambii sau bilete la ordin fie pentru plată, fie pentru credit comercial, fie pentru garantarea executării unor obligații, retragerea facilității de credit înseamnă lipsa sau insuficiența disponibilului în cont. Cecul, cambia sau biletul la ordin devin titluri de plată sau de credit emise fără acoperire, cu consecința înscrierii emitentului în Centrala Incidentelor de Plăți, precum şi a unei potențiale urmăriri penale pentru înşelăciune. Pe de altă parte, facilitatea retrasă ar putea înseamnă exact numerarul lipsă ce ar putea declanşa insolvența clientului. Finanțatorul va fi nevoit să suporte consecințele acestei insolvențe (dintre acestea, cele mai presante şi pregnante fiind suspendarea urmăririlor silite contra debitorului şi înghețarea valorii creanțelor băneşti la data deschiderii procedurii insolvenței). În fine, retragerea facilității de credit ar putea fi cauza (sau una dintre cauzele) care va fi determinat insolvența, cu consecința unei potențiale acțiuni în răspundere contra finanțatorului pentru cauzarea insolvenței, conform art. 138 din Legea insolvenței.

2. În cazul facilității pe perioadă nedeterminată, fiecare dintre părțile contractului de facilitate de credit poate denunța contractul, printr-un preaviz de 15 zile (dacă din contract sau uzanțe nu rezultă altfel).

3. În practica bancară, facilitățile de credit sunt acordate, de regulă, pe perioadă determinată. Facilitățile de credit pe perioadă determinată pot fi angajante (banca se obligă să pună la dispoziția clientului o sumă de bani) sau neangajante (suma de bani se pune la dispoziție dacă sunt întrunite anumite condiții, inclusiv condiția

păstrării intenției băncii de acordare a facilității; o facilitate de credit de acest gen poate fi denunțată oricând, discreționar, de bancă). În cazul facilității neangajante, banca nu își asumă niciun risc, nu are o expunere reală față de clientul respectiv și, din acest motiv, nu trebuie să constituie provizion în caz de neexecutare a obligațiilor clientului.

Din punct de vedere practic și în considerarea reglementarilor bancare introduse în legislația noastră în vederea implementării acordurilor Basel II și III și a Directivei Cerințelor de Capital (Directiva CRD – *Capital Requirements Directive* – reprezintă Directiva 2006/49/EC a Parlamentului European și a Consiliului din 16 iunie 2006 privind adecvarea capitalului societăților de investiții și al instituțiilor de credit, ulterior înlocuită de Directiva 2013/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2013 cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și a firmelor de investiții; în baza primei directive au fost adoptate O.U.G. nr. 98/2006 privind adecvarea capitalului la risc și O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit; în fine, în baza acestor acte normative interne au fost adoptate reglementări ale Băncii Naționale a României; toate aceste reglementări clasifică facilitatea de credit neangajantă în categoria creditelor cu risc zero), prezintă interes practic calificarea dreptului băncii de a înceta unilateral contractul de facilitate de credit angajantă *(commited)* sau neangajantă *(uncommitted)*.

O facilitate de credit neangajantă, deși poate fi introdusă în categoria de risc zero a contractelor băncii (ceea ce înseamnă scutirea băncii de la obligația de a constitui provizioane în caz de neexecutare a obligațiilor din partea clientului), poate revela o condiție pur potestativă stipulată în favoarea băncii, cu consecința nulității. De altfel, dispozițiile art. 2.193 C. civ. par a exclude facilitatea neangajantă, din moment ce banca „se obligă să țină la dispoziția clientului" o sumă de bani pe o perioadă de timp determinată sau nedeterminată.

Spre deosebire de facilitatea neangajantă, facilitatea angajantă nu este scutită de constituirea de provizioane pentru acoperirea riscului de neplată din partea clientului.

Directiva CRD a avut în vedere o realitate economică (şi mai puţin una juridică), permiţând instituţiei de credit să retragă facilitatea de credit neutilizată în orice moment şi fără ca această retragere să fie condiţionată. Instituirea dreptului de denunţare unilaterală oferă instituţiei de credit posibilitatea de a stipula în contract dreptul de a denunţa unilateral contracte de facilitate de credit pe durată determinată, fără a fi obligată să invoce motive temeinice pentru aceasta. În contract se poate stipula, însă, şi dreptul finanţatorului de a revoca sau suspenda dreptul clientului de a mai face alte trageri, fără ca aceasta să reprezinte o denunţare unilaterală a facilităţii de credit. În acest caz, restul clauzelor contractuale rămân în vigoare. Dreptul de revocare sau de suspendare nu poate fi însă, discreţionar, întrucât un astfel de drept s-ar plasa în zona de condiţie pur potestativă, sancţionată de lege cu nulitatea absolută.

## Închirierea casetelor de valori

*Art. 2.196 (Obligaţia prestatorului)*
*În executarea contractului de închiriere a casetei de valori, instituţia de credit sau o altă entitate care prestează în condiţiile legii astfel de servicii, denumită* prestator, *răspunde faţă de client pentru asigurarea unei încăperi adecvate şi sigure, precum şi pentru integritatea casetei.*

Închirierea casetelor de valori este un contract complex care grefează elemente ale locaţiunii pe structura unui contract de depozit. Locator al casetei – depozitar (prestator) este o instituţie de credit sau o altă entitate autorizată pentru o astfel de activitate.

Principala obligaţie a prestatorului este asigurarea unei încăperi adecvate şi sigure în care să fie depozitate şi păstrate valorile clientului, ceea ce implică asigurarea integrităţii casetei. Deşi nu rezultă expres din lege, este evident că prestatorul răspunde şi de

asigurarea integrității conținutului casetei, din moment ce prestatorul însuşi este ținut să încheie o asigurare de bunuri având ca obiect chiar aceste valori. Suntem în prezența unei răspunderi agravate a prestatorului, mai severă decât cea stabilită pentru un depozitar obişnuit.

Prestatorul va fi îndreptățit la o remunerație (chirie), precum şi la rambursarea costurilor aferente, inclusiv a eventualelor prime de asigurare.

Prestatorul nu devine proprietar al valorilor depuse în casetele de valori, ci îşi păstrează calitatea de detentor, pe toata perioada închirierii.

La o primă vedere, nu se cere identificarea bunurilor depuse în caseta de valori, printr-un eventual inventar sau proces-verbal de predare-primire. Cu toate acestea, întrucât valorile urmează a fi asigurate, precum şi pentru că există posibilitatea de pieire fortuită, pentru care prestatorul va fi obligat la daune, este utilă identificarea şi evaluarea bunurilor sau valorilor depuse în caseta de valori. Părțile pot, în plus, să declare în contract cuantumul în bani al valorilor depuse sau, după caz, valoarea artistică, numismatică, istorică etc. a valorilor şi starea lor materială de la data depunerii, elemente care vor putea fi luate în considerare la încheierea asigurării sau la stabilirea despăgubirilor pentru piere fortuită sau deteriorare.

Valorile depuse în casete la bănci sunt nu numai pecuniare, ci şi istorice, culturale, ştiințifice sau chiar sentimentale.

*Art. 2.197 (Deschiderea casetei de valori)*
*(1) În cazul în care caseta este închiriată mai multor persoane, oricare dintre acestea poate cere deschiderea casetei, dacă nu s-a stipulat altfel prin contract.*
*(2) În caz de deces al clientului sau al unuia dintre clienții care foloseau aceeași casetă, prestatorul, odată ce a fost înștiințat, nu poate să consimtă la deschiderea casetei decât cu acordul tuturor celor îndreptățiți sau, în lipsă, în condițiile stabilite de instanța de judecată.*
*(3) Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător şi în cazul încetării sau reorganizării persoanei juridice. În acest caz poate solicita deschiderea casetei de valori administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar.*

Oricare dintre clienți – titulari ai unor valori depuse în casete de valori, va putea cere deschiderea casetei, dacă prin contract nu s-a stipulat altfel. Prin contract poate fi convenită o cheie a prestatorului şi o cheie a clientului, privată, numai cu cele două chei reunite urmând a se deschide caseta.

În caz de deces al unuia dintre locatori, care folosea împreună cu aceştia caseta pentru depozitare sau păstrare de valori, prestatorul consimte la deschiderea casetei doar cu acordul tuturor celor îndreptățiți (cotitularii supraviețuitori şi moştenitorul celui decedat); dacă nu există acest acord unanim, se poate cere instanței să stabilească condițiile deschiderii casetei.

Similar decesului persoanei fizice, soluția deschiderii casetei de valori pentru persoana continuatoare se aplică şi în cazul încetării sau reorganizării persoanei juridice. Poate solicita deschiderea casetei administratorul judiciar sau lichidatorul. Textul legal este, însă, incomplet. În caz de continuare a activității debitorului care şi-a declarat intenția de reorganizare, activitatea sa este condusă de administratorul special, şi nu de administratorul judiciar; în plus, persoana juridică poate înceta şi pentru alte motive decât falimentul, cum ar fi lichidarea ca urmare a dizolvării sau nulității persoanei juridice, caz în care aceasta îşi exercită capacitatea juridică prin lichidator, şi nu prin lichidator judiciar.

*Art. 2.198 (Deschiderea forțată a casetei de valori)*

*(1) La împlinirea termenului prevăzut în contract, după expirarea unei perioade de 3 luni de la notificarea adresată clientului, prestatorul poate cere instanței de judecată, pe cale de ordonanță președințială, autorizarea de a deschide caseta de valori. Notificarea clientului se poate face prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire la ultimul domiciliu sau sediu adus la cunoştința instituției de credit.*

*(2) Deschiderea casetei de valori se face în prezența unui notar public şi, după caz, cu respectarea măsurilor de prudență stabilite de instanță.*

*(3) Instanța de judecată poate, de asemenea, să dispună măsuri de conservare a obiectelor descoperite, precum şi vânzarea acestora în măsura necesară acoperirii chiriei şi cheltuielilor efectuate de prestator, precum şi, dacă este cazul, a prejudiciului cauzat acestuia.*

Dacă se împlineşte termenul închirierii şi titularul nu se prezintă la deschiderea voluntară a casetei nici după expirarea

unui termen de 3 luni de la notificarea adresată lui de prestator (notificarea se face pe adresa ultimului domiciliu cunoscut sau sediu al titularului adus la cunoştinţa prestatorului), prestatorul poate cere instanţei, pe calea urgentă şi sumară a ordonanţei preşedinţiale, să îl autorizeze să deschidă caseta de valori.

Deschiderea casetei se face în prezenţa unui notar public. Prestatorul este ţinut să ia masuri prudente şi diligente de păstrare a integrităţii valorilor.

Instanţa poate stabili şi: (i) măsuri de conservare a bunurilor găsite în casetă, (ii) vânzarea bunurilor găsite în casetă şi utilizarea sumelor obţinute pentru acoperirea chiriei, a cheltuielilor făcute de depozitar şi pentru acoperirea prejudiciilor cauzate acestuia, dacă este cazul.

Legea nu precizează ce se întâmplă după deschiderea forţată a casetei de valori şi, eventual, după executarea măsurilor dispuse de instanţă. Ar fi fost importante unele precizări, întrucât trebuie ştiut care va fi regimul valorilor găsite în casetă şi nerevendicate. Banca, din proprie iniţiativă, poate încerca identificarea unor beneficiari, alţii decât titularul negăsit. Dacă nu reuşeşte, atunci va putea declara acele bunuri sau valori drept lucruri părăsite *(res derelicta)*, urmând a aplica regimul juridic al acestora. Dacă, însă, valorile sunt importante din punct de vedere cultural, istoric, artistic, numismatic etc., ele vor putea fi remise muzeelor, arhivelor sau autorităţilor în domeniu.

Operaţiunile de închiriere de casete de valori pot pune în coliziune secretul bancar cu interesul fiscului sau al altor creditori de a urmări silit bunurile din patrimoniul debitorului lor care şi-a depus anumite valori în casete la bănci. De asemenea, operaţiunea ar putea intra în coliziune cu reglementările relative la prevenirea spălării banilor, a finanţării terorismului, a corupţiei şi evaziunii fiscale, precum şi cu reglementările relative la declararea averilor demnitarilor. Acestea pot fi, în condiţiile legii speciale, motive temeinice de deschidere forţată a casetelor de valori.

# CREDITUL BANCAR. O ÎNCERCARE DE CONCEPTUALIZARE

*Conf. univ. dr. Lucian BERCEA*
*Facultatea de Drept*
*Universitatea de Vest din Timişoara*

***Abstract:*** *For the first time in the Romanian private law, the new Civil Code has accomplished the codification of banking contracts. The surprising absence from the new Civil Code of a general regulation of the bank loan agreement has generated a failure in its positive law conceptualisation and the perpetuation of this agreement in the class of innominate contracts, as well as an impossibility to clarify the genus–species relationship in the field of bank loans. This defective normative context originated the present study of the defining common elements of the bank loan species.*

***Keywords:*** *bank, banking contract, bank loan, credit facility, Romanian Civil Code.*

***Rezumat:*** *Noul Cod civil român a realizat codificarea contractelor bancare, în premieră în dreptul privat din România. Absența surprinzătoare din noul Cod civil a unei reglementări generale a contractului de credit bancar are ca efect ratarea conceptualizării sale în dreptul pozitiv și menținerea acestui contract în categoria contractelor nenumite, precum și eșuarea clarificării relației gen – specie în materia creditului bancar. Acest context normativ deficitar a generat studiul de față al elementelor definitorii comune ale formelor creditului bancar.*

***Termeni-cheie:*** *bancă, contract bancar, credit bancar, facilitate de credit, Codul civil român.*

## I. PREMISE. CREDITUL BANCAR ÎN NOUL COD CIVIL

**1. Preliminarii.** Noul Cod civil, așa cum rezultă din simpla lectură a titlurilor secțiunilor capitolului dedicat contractelor bancare, nu reglementează contractul de credit bancar ca gen

contractual, ci doar o specie a acestuia, facilitatea de credit. Absența surprinzătoare din noul Cod civil a unei reglementări generale a contractului de credit bancar are ca efect includerea acestui contract în categoria contractelor nenumite, din care mai fac parte, subsecvent codificării, puține figuri contractuale. Deşi o serie de specii ale creditului bancar constituie contracte numite (reglementate fie în noul Cod civil, fie în legi speciale), calificarea genului contractual însuşi ca fiind un contract nenumit subzistă, din cauza inexistenței unei reglementări de factură generală a contractului de credit bancar.

Alături de contractul de credit bancar, ca gen contractual, din noul Cod civil au fost omise, totodată, reglementări distincte ale unor specii importante ale creditului bancar, începând chiar cu creditul clasic prin punerea la dispoziție imediată a fondurilor (derivat din contractul de împrumut de consumație) şi continuând cu creditele prin mobilizarea creanțelor (cum este scontul) sau cu creditele prin semnătură (ca, de pildă, scrisoarea de garanție bancară). O parte dintre omisiuni pot fi suplinite, într-adevăr, prin apelul la texte extrinseci capitolului rezervat contractelor bancare, cum sunt cele referitoare la cesiunea de creanță sau scrisoarea de garanție, sau extrinseci Codului civil însuşi, precum cele din dreptul pozitiv cambial, fără însă ca aceste reglementări, din cauza perspectivei normative diferite, să surmonteze complet absența din noul Cod civil a oricăror referiri la formele speciale de credit bancar amintite.

După o serie de studii în care am tratat critic codificarea contractelor bancare, fie în ansamblul lor, fie în ceea ce priveşte contractul de credit bancar[1], ne propunem să abordăm (i) problema

[1] Într-o serie de studii publicate anterior, am tratat critic codificarea contractelor bancare, fie în ansamblul lor, fie în ceea ce privește contractul de credit bancar. Vezi, în acest sens, (1) L. Bercea, *Câteva observații privind contractele bancare în noul Cod civil român*, în I. Silberstein (ed.), *Criza financiară în lume*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, pp. 153-170; (2) L. Bercea, *Contractele bancare în noul Cod civil român*, în R.I. Motica, V. Pașca, L. Bercea (ed.), *Noile coduri ale României. Studii și cercetări juridice*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 335-344; (3) L. Bercea, *Creditul bancar la impactul cu noul Cod civil român*, în *Revista de științe juridice* nr. 2/2012, pp. 9-16; (4) L. Bercea, *Scrisoarea de garanție bancară ca formă a creditului bancar*, în Revista

conceptualizării creditului bancar, în condițiile absenței din noul Cod civil şi din legile bancare speciale a unei definiții legale generale a acestui contract, precum şi (ii) relația gen – specie în materia creditului bancar, în raport cu diversitatea formelor de creditare care pot fi identificate în cuprinsul reglementărilor din noul Cod civil şi din legile bancare speciale. Scopul analizei este să argumenteze teza unității conceptului de credit bancar, prin identificarea elementelor definitorii comune tuturor formelor speciale de creditare.

**2. Dezideratele redactorilor noului Cod civil.** Intențiile declarate ale redactorilor noului Cod civil în ceea ce priveşte reglementarea contractului de credit bancar au fost echivoce.

În primul rând, redactorii şi-au propus codificarea contractelor bancare, în ansamblu, fără să fie animați în acest demers de pretenții de exhaustivitate, arătând că *„(...) vor fi reglementate în Codul civil (...) o serie de contracte bancare"* (Tezele prealabile ale proiectului noului Cod civil). Noua reglementare nu era *ab initio* construită, aşadar, cu scopul de a include toate contractele bancare, ci doar pe unele dintre acestea, probabil cele mai importante din perspectiva redactorilor codificării. Oricât de scurtă ar fi fost această listă, contractul de credit bancar nu putea să lipsească din „seria contractelor bancare" codificate. Necesitatea unei reglementări generale a contractului de credit bancar era justificată de rațiuni care țin de asigurarea coerenței codificării, întrucât creditul bancar, ca gen contractual, reprezintă contractul-cheie în materie. Imperativul includerii acestuia în cod venea, mai mult, pe fondul absenței unei definiții normative a creditului bancar cu aplicabilitate generală, subsecvent abrogării în 2007 a Legii nr. 58/1998 privind activitatea bancară.

În al doilea rând, redactorii codului au abordat contractele bancare ca specii ale unor contracte clasice, argumentând, spre exemplu, că *„necesitatea unei reglementări a contractului de cont curent bancar se justifică (...) prin particularitățile pe care acesta le prezintă față de contractul de cont curent comercial (...)"*

română de dreptul afacerilor nr. 4/2013, pp. 115-130. Prezentul studiu valorifică concluziile acestor lucrări, care reprezintă premisele analizei de față.

(Expunerea de motive la proiectul noului Cod civil). Era de aşteptat, în acest context, aplicarea aceluiaşi raţionament în cazul tuturor contractelor bancare care îşi aveau ascendentul într-un contract clasic, deci şi în cazul creditului bancar, derivat iniţial din împrumutul de consumaţie având ca obiect sume de bani, dar al cărui conţinut conceptual este în prezent extins în mod semnificativ.

În al treilea rând, se menţiona că *„(...) alături de contractul de cont bancar se propune şi reglementarea altor operaţiuni bancare curente care se realizează prin intermediul unui cont curent sau care reprezintă o aplicaţie a unui contract clasic (închirierea casetei de valori)"* (Expunerea de motive la proiectul noului Cod civil). Lăsând la o parte faptul că justificarea propunerii de reglementare conţine o eroare fundamentală de calificare a contractelor bancare (depozitul bancar şi creditul bancar reprezentând, în realitate, operaţiunile bancare principale, care nu pot fi reglementate de pe poziţia unor *„operaţiuni bancare curente care se realizează prin intermediul unui cont curent"*; acesta din urmă este, în realitate, conex activităţilor bancare propriu-zise), chiar şi acest argument viciat ar fi impus soluţia unei reglementări binare a depozitului bancar şi a creditului bancar, ca operaţiuni care compun activitatea bancară de bază.

În contextul menţionat, calificările şi clasificările neconvingătoare de tipul celor amintite şi locul marginal conferit de noul cod operaţiunilor de credit bancar au condus la includerea creditului bancar în sfera de codificare a contractelor bancare, însă nu cu titlu de gen contractual care poate îmbrăca mai multe forme, distincte ca mecanisme juridice, dar subsumate unor elemente definitorii comune, ci prin reglementarea unei singure specii de credit bancar, facilitatea de credit[2].

**3. Sursa de inspiraţie a redactorilor noului Cod civil.** Pentru a materializa dezideratele propuse, redactorii noii codificări au apelat la traducerea selectivă a unor texte considerate relevante din Secţiunea III *(Dell'apertura di credito bancario)*

[2] Pentru o analiză exhaustivă a acestui contract, a se vedea A-R. Ilie, R. Rizoiu, *Facilitatea de credit în noul Cod civil român*, în Revista română de drept privat nr. 3/2012, pp. 164-193.

(art. 1842-1845) a Capitolului XVII *(Dei contratti bancari)* al Titlului III *(Dei singoli contratti)* aparținând Cărții a IV-a *(Delle obbligazioni)* din Codul civil italian de la 1942, din acest transfer legal rezultând Secțiunea a 3-a *(Facilitatea de credit)* (art. 2193-2195) a Capitolului XV *(Contul bancar curent şi alte contracte bancare)* din Titlul IX *(Diferite contracte speciale)*, aparținând Cărții a V-a *(Despre obligații)* din noul Cod civil.

Iată traducerea textelor originare din secțiunea amintită a Codului civil italian[3]:

> **Art. 1842.** ***Noțiune*** – Deschiderea de credit bancar este contractul prin care banca se obligă să țină la dispoziția celeilalte părți o sumă de bani pentru o anumită perioadă de timp sau pe durată nedeterminată.
> **Art. 1843.** ***Utilizarea creditului*** – Dacă nu s-a convenit altfel, persoana creditată poate să utilizeze creditul în mai multe tranșe, potrivit uzanțelor, și poate, prin vărsăminte succesive, să îi reactiveze disponibilitatea.
> **Art. 1845.** ***Retragerea din contract*** – (1) În lipsa unei convenții contrare, banca nu se poate retrage din contract înainte de împlinirea termenului decât pentru justă cauză. (2) Retragerea suspendă de îndată utilizarea creditului, dar banca trebuie să acorde un termen de cel puțin 15 zile pentru restituirea sumelor utilizate și a accesoriilor acestora. (3) Dacă deschiderea de credit este pe durată nedeterminată, fiecare dintre părți poate să se retragă din contract, cu un preaviz stabilit în contract, după uzanțe sau, în lipsa acestora, de 15 zile.

Reglementarea contractelor bancare în Codul civil italian a făcut obiectul unor critici în doctrina sistemului de origine, care ar fi trebuit să genereze cel puțin o rezervă a redactorilor Codului

[3] Art. 1842 *Nozione* – L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

Art. 1843 *Utilizzazione del credito* – (1) Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità. (2) Salvo patto contrario, i prelevamenti e i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto.

Art. 1845 *Recesso dal contratto* – (1) Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa. (2) Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori. (3) Se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.

civil român în a urma acest model. Reproşurile ţineau de faptul că reglementarea are caracter parţial, lacunar, incluzând doar operaţiuni bancare tipice efectuate la momentul codificării, în general subsumate creditelor pe termen scurt. Codul civil italian nu a consacrat niciun text normativ particular pentru operaţiunile de creditare pe termen mediu şi lung, care să transceadă instrumentele dreptului comun. Lacunele codificării s-au accentuat în timp, iar reglementarea a fost denunţată ca fiind insuficientă (dincolo de faptul că era în mare parte dispozitivă), ceea ce a condus la dezvoltarea în afara codului, în practica bancară italiană, a unei bogate tipologii a operaţiunilor de creditare[4].

Sursa de inspiraţie relativ veche, inadecvată faţă de evoluţiile pe care le-a cunoscut în ultima jumătate de secol practica bancară (şi, odată cu ea, dreptul bancar) la nivel mondial[5], sub influenţa unor factori precum diversificarea mecanismelor de finanţare bancară, expansiunea tehnologiilor informatice şi globalizarea economiei, a exclus, aşadar, *ab initio* o conceptualizare corectă şi modernă a creditului bancar în Codul civil român.

**4. Transferul legal operat de redactorii noului Cod civil.** Secţiunea corespondentă din noul Cod civil român, rezultată prin preluarea textelor menţionate, are următorul conţinut:

> **Art. 2193.** ***Noţiune*** – Facilitatea de credit este contractul prin care o instituţie de credit, o instituţie financiară nebancară sau orice altă entitate autorizată prin lege specială, denumită finanţator, se obligă să ţină la dispoziţia clientului o sumă de bani pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată.
> **Art. 2194.** ***Utilizarea creditului*** – Dacă părţile nu au stipulat altfel, clientul poate să utilizeze creditul în mai multe tranşe, potrivit uzanţelor, şi poate, prin rambursări succesive, să reînnoiască suma disponibilă.

[4] G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, ed. a IV-a, UTET Giuridica, Torino, Wolters Kluwer Italia, 2010, pp. 105-106.

[5] Doctrina italiană remarca, în acest context, nu numai caracterul selectiv al reglementării Codului civil italian din 1942, determinat de factori specifici epocii în care a fost adoptat, ci şi diminuarea rolului reglementării Codului civil italian în domeniul contractelor bancare, în favoarea normelor bancare uniforme elaborate de organismele profesiei bancare, mult mai bine adaptate noilor realităţi economice. Vezi C. Angelici, F. Belli, G.L. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, *I contratti delle banche*, ed. a IX-a, UTET Libreria, Torino, 2006, pp. 3-10.

> **Art. 2195.** ***Denunţarea unilaterală*** – (1) În lipsa unei clauze contrare, finanţatorul nu poate să denunţe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc beneficiarul facilităţii de credit. (2) Denunţarea unilaterală stinge de îndată dreptul clientului de a utiliza creditul, iar finanţatorul trebuie să acorde un termen de cel puţin 15 zile pentru restituirea sumelor utilizate şi a accesoriilor acestora. (3) Dacă facilitatea de credit s-a încheiat pe durată nedeterminată, fiecare dintre părţi poate să denunţe contractul, cu respectarea unui termen de preaviz de 15 zile, dacă din contract sau din uzanţe nu rezultă altfel.

Reglementările nepreluate din Codul civil italian în codificarea românească privesc atât specii de credit bancar *in integrum* (creditele cu garanţii reale mobiliare constituite pe titluri sau mărfuri, creditul prin scont[6]), cât şi anumite secvenţe ale reglementării importate (garanţiile accesorii facilităţii de credit). Dacă absenţa creditelor cu garanţii reale mobiliare constituite pe titluri sau mărfuri poate fi justificată prin relativa desuetudine a reglementării de origine, creditul prin scont reprezenta o operaţiune de creditare bancară a cărei recunoaştere legislativă era necesară cel puţin sub forma unei definiţii legale. Cât priveşte selecţia operată de redactori din textele care reglementează specia de credit bancar preluată prin transfer în Codul civil român, ea nu a făcut altceva decât să deturneze mecanismul operaţiunii respective de la modul de funcţionare consacrat în sistemul de origine[7].

---

[6] Reglementate în Secţiunea IV *(Dell'anticipazione bancaria)* (art. 1846-1851) şi Secţiunea VI *(Dello sconto bancario)* ale Capitolului XVII *(Dei contratti bancari)* al Titlului III *(Dei singoli contratti)* aparţinând Cărţii a IV-a *(Delle obbligazioni)* din Codul civil italian de la 1942. Formele de creditare cuprinse în Codul civil italian sunt, conform doctrinei, deschiderea de credit, avansul de fonduri garantat cu garanţii reale mobiliare pe titluri sau mărfuri şi scontul. Vezi C. Angelici, F. Belli, G.L. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, *op. cit.*, p. 107.

[7] Potrivit art. 2195 C. civ., *„în lipsa unei clauze contrare, banca nu poate să denunţe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc beneficiarul facilităţii de credit". A contrario*, pentru motive temeinice, banca poate să denunţe contractul înainte de scadenţă. Denunţarea unilaterală a contractului pentru *„motive temeinice care privesc beneficiarul facilităţii de credit"* are natura juridică a unei cauze de încetare a contractului din iniţiativa unilaterală a băncii pentru motive întemeiate, altele decât încălcarea culpabilă de către client a obligaţiilor contractuale, care ar determina aplicarea sancţiunii

**5. Consecințele transferului legal operat de redactorii noului Cod civil.** Alegerea pe care au făcut-o redactorii noului Cod civil este în discordanță cu dezideratele acestora, chiar deficitar proclamate. În noul cod nu este reglementat contractul de credit bancar ca gen, ci doar o specie a acestuia, denumită facilitate de credit.

Se observă, înainte de toate, în acest context, utilizarea de către redactorii noului Cod civil a sintagmei „facilitate de credit", anglicism consacrat în practica bancară ca rezultat al preluării literale a sintagmei „*credit facility*". Sensul acesteia în sistemele bancare de origine (cele de *common law*) este, însă, unul mai extins decât cel conferit de codificarea din România, acoperind toate formele de creditare care implică un avans de fonduri[8], ceea ce face ca sensul atribuit de legiuitorul român, care asociază denumirea de „facilitate de credit" cu mecanismul liniei de credit,

---

rezilierii. Sursa problemelor privind înțelesul echivoc al sintagmei *„motive temeinice care privesc beneficiarul facilității de credit"* este preluarea selectivă a textelor din reglementarea originară. În urma traducerii acestora, din noul cod lipsește însăși premisa exercitării de către bancă a dreptului de denunțare unilaterală, prevăzută de art. 1844 din Codul civil italian: *„Dacă garanția devine insuficientă, banca poate cere un supliment de garanție sau substituirea garantului. Dacă clientul nu dă curs acestei cereri, banca poate reduce creditul proporțional cu diminuarea valorii garanției sau se poate retrage din contract"*. Consecințele acestei omisiuni sunt extinderea sensului sintagmei, în noul Cod civil român, la împrejurări străine textului originar și, consecutiv, riscul interpretărilor abuzive ale acestui text în practica bancară. Pentru dezvoltări, L. Bercea, *Contractele bancare în noul Cod civil român*, în R. I. Motica, V. Pașca, L. Bercea (ed.), *Noile coduri ale României. Studii și cercetări juridice*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 335-344; L. Bercea, *Creditul bancar la impactul cu noul Cod civil român*, în *Revista de științe juridice* nr. 2/2012, pp. 9-16.

[8] Termenul *facility* desemnează caracteristica oricărui credit bancar de a fi disponibil, la cerere, în limita unui anumit plafon. Vezi G. Klein, *Dictionary of Banking*, ed. a II-a, Pitman Publishing, Londra, 1995, p.110. Doctrina arată că creditarea bancară poate să îmbrace forme diverse, în practica bancară folosindu-se termenul generic *facility* pentru a le desemna în ansamblu. Una dintre formele de creditare este *revolving facility*, caracterizată prin aceea că, pe durata contractului, clientul poate rambursa total sau parțial sumele de bani împrumutate, iar ulterior le poate reîmprumuta, cât timp plafonul maxim al liniei de credit nu este depășit. Vezi R. Cranston, *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, Londra, 2006, p. 299. Această specie de credit bancar, *revolving facility*, a fost reglementată în Codul civil român sub denumirea (generică, la origini) de facilitate de credit.

funcționând ca un credit *revolving*, să fie unul diferit de cel originar.

Trecând peste această inadvertență terminologică, soluția rezonabilă, în raport cu tezele expuse de redactorii noului Cod civil, implica raportarea noii codificări la operațiunile pe care legea specială în materie[9], în concordanță cu reglementările Uniunii Europene în domeniu[10], le califică într-o manieră expresă și limitativă drept activități bancare: atragerea de depozite de la public și acordarea de credite în cont propriu. În consecință, pentru rațiuni de coerență normativă, noul Cod civil ar fi trebuit să reglementeze, cu titlu de contracte bancare, contractele asociate acestor două categorii de activități, respectiv contractul de depozit bancar și contractul de credit bancar.

Absența din noul Cod civil a unei reglementări generale a contractului de credit bancar are ca efect, așa cum am arătat, menținerea acestui contract în categoria contractelor nenumite, retrogradate în general pentru lipsa lor de importanță și între care se mai regăsesc, subsecvent codificării, puține figuri contractuale (cele neîncorporate în Codul civil fiind reglementate în continuare în legi speciale, cum este cazul leasingului). Acest efect este dublat de faptul că o serie semnificativă de specii ale creditului bancar, spre exemplu scontul sau factoringul, au în continuare statutul unor contracte nenumite (nefiind reglementate distinct nici în noul Cod civil, nici în legi speciale).

Or, potrivit art. 1168 C. civ., *„contractelor nereglementate de lege li se aplică prevederile prezentului capitol* (prevederile generale referitoare la contract ca izvor de obligații – n.n.), *iar dacă acestea nu sunt îndestulătoare, regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult”*. Deși pot fi

---

[9] Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

[10] Este vorba, în special, de Directiva 2013/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2013 cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și a firmelor de investiții, care a înlocuit recent Directiva nr. 2006/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 14 iunie 2006 privind accesul la activitate și desfășurarea activității de către instituțiile de credit.

identificate anumite similitudini între facilitatea de credit şi speciile creditului bancar nereglementate de Codul civil sau de legi bancare speciale, extinderea aplicării regulilor destinate acestei instituţii la restul formelor creditului bancar este nejustificată. Conceptual, aşa cum vom arăta, facilitatea de credit este o specie particulară a creditului bancar caracterizată prin elemente definitorii inaplicabile celorlalte forme de creditare bancară: dreptul clientului de a efectua trageri de sume de bani, în tranşe, în limita unui plafon pus la dispoziţie de instituţia de credit, şi posibilitatea clientului de a efectua rambursări succesive care reînnoiesc suma disponibilă. Dreptul băncii de a denunţa unilateral contractul de facilitate de credit pentru motive temeinice care privesc beneficiarul facilităţii reprezintă, la rândul său, o modalitate de încetare a contractului specifică mecanismului facilităţii de credit, a cărei aplicare nu poate fi extinsă în baza regulii de mai sus la restul formelor creditului bancar.

Neexistând o reglementare generală a contractului de credit bancar şi neputând fi stabilită o similitudine între facilitatea de credit şi speciile creditului bancar nereglementate de Codul civil sau de legi bancare speciale, se pune problema dacă acestor din urmă forme ale creditului bancar li se pot aplica *„regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult"*, în accepţiunea art. 1168 C. civ. Răspunsul este, de principiu, afirmativ. Astfel, faptul că, spre exemplu, creditul bancar prin punere la dispoziţie imediată de fonduri, de tipul creditului pentru investiţii sau al creditului de casierie, este derivat din împrumutul clasic de consumaţie având ca obiect o sumă de bani determină aplicarea regulilor speciale privind acest din urmă contract (art. 2158-2170 C. civ.) la speciile menţionate ale creditului bancar. Pe de altă parte, scrisoarea de garanţie bancară, ca varietate nereglementată a creditului prin semnătură, se bazează pe mecanismul scrisorii de garanţie (art. 2321 C. civ.), formă de garanţie autonomă a cărei reglementare se va aplica, de asemenea, din raţiuni de similitudine. La rândul său, factoringul şi forfetarea, forme ale creditului prin mobilizare de creanţe, vor fi supuse regulilor privind cesiunea de creanţă (art. 1566-1586 C. civ.) sau, eventual,

ale subrogației (art. 1593-1598 C. civ.), în funcție de mecanismul prevăzut de lege ori convenit de părți, după cum scontului, o altă ipostază a creditului prin mobilizare de creanțe, îi vor fi aplicabile regulile cesiunii unei creanțe constatate printr-un titlu la ordin (art. 1587-1592 C. civ.) şi cele ale transmiterii titlurilor de credit, din dreptul pozitiv cambial. Totuşi, reglementarea acestor instituții nu acoperă dimensiunea de credit bancar a operațiunilor de finanțare efectuate de bănci şi clienții lor pe baza tehnicilor juridice respective. În consecință, această dimensiune rămâne descoperită chiar dacă acestor operațiuni li s-ar aplica *„regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult"*. Pentru a înlătura lacuna şi pentru a putea supune aceste operațiuni regulilor aplicabile creditului bancar în general, este necesară stabilirea naturii lor juridice ca fiind aceea de credit bancar, pe baza unui set de elemente definitorii comune.

Complexitatea conceptului de credit bancar ar fi trebuit, aşadar, să determine subsumarea sa unei definiții a Codului civil care să releve elementele esențiale ale oricărei operațiuni de creditare.

## II. CONCEPTUL DE CREDIT BANCAR. ELEMENTE DEFINITORII

**6. Interesul analizei.** Interesul conceptualizării creditului bancar rezidă, aşa cum arătam, în identificarea elementelor definitorii comune ale tuturor operațiunilor de creditare, care să fie utilizate cu valoare de criterii pentru calificarea anumitor operațiuni ca fiind credite bancare, cu consecința supunerii lor reglementărilor aplicabile contractelor de credit bancar, respectiv dispozițiilor legale care guvernează încheierea şi efectele acestui contract, precum şi consecințele nerespectării obligațiilor contractuale.

Un singur exemplu practic este suficient pentru a argumenta necesitatea acestei analize, dincolo de interesul teoretic pe care îl poate ea suscita. Contractul de credit bancar este calificat de lege ca fiind titlu executoriu[11], cu toate efectele care decurg din această

[11] Art. 120 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit şi adecvarea capitalului: „Contractele de credit, inclusiv

calificare, legate de facilitarea executării silite a obligațiilor născute din titlu. În condițiile în care creditul bancar nu are o definiție normativă cu aplicabilitate generală, punerea în practică a textului legal se poate confrunta cu reale dificultăți. Simpla mențiune pe contract, *instrumentum probationis*, că acesta reprezintă un contract de credit bancar este insuficientă pentru a recunoaşte o asemenea calificare. Dimpotrivă, absența din contract a unei prevederi care să îl califice expres ca fiind un contract de credit bancar nu conduce în mod univoc la înlăturarea acestei naturi. În contextul dat, inexistența unei definiții normative pe baza căreia să fie stabilită natura juridică a contractului trebuie corijată prin identificarea elementelor definitorii comune ale tuturor operațiunilor de creditare bancară, pentru ca acestea să poată servi, subsecvent, la stabilirea naturii juridice a contractului.

**7. Contextul normativ.** În condițiile inexistenței unei definiții normative generale a creditului bancar în Codul civil, identificarea elementelor definitorii comune tuturor formelor de creditare presupune, înainte de orice, stabilirea unei liste cu caracter exhaustiv a acelor operațiuni care reprezintă specii ale creditului bancar, întrucât o enumerare care să epuizeze genul poate servi drept referință pentru recunoaşterea a ceea ce este similar tuturor speciilor.

Simpla raportare la vechea definiție legală a creditului bancar din Legea nr. 58/1998 privind activitatea bancară[12], care făcea

contractele de garanție reală sau personală, încheiate de o instituție de credit constituie titluri executorii".

[12] Legea nr. 58/1998 privind activitatea bancară definea creditul bancar ca fiind „orice angajament de punere la dispoziție sau acordarea unei sume de bani ori prelungirea scadenței unei datorii, în schimbul obligației debitorului la rambursarea sumei respective, precum și la plata unei dobânzi sau a altor cheltuieli legate de această sumă sau orice angajament de achiziționare a unui titlu care încorporează o creanță ori a altui drept la încasarea unei sume de bani" [art. 3 alin. (1) pct. 7]. Creditul bancar este, în general, o formă de creditare activă. Prelungirea scadenței unei creanțe, operațiune inclusă în vechea definiție normativă din Legea nr. 58/1998, reprezintă singura formă de creditare negativă, care nu comportă niciun transfer de fonduri în beneficiul debitorului, ci numai acceptul creditorului pentru un decalaj al executării prestației debitorului, pe a cărui solvabilitate se fundamentează încrederea

vorbire despre creditul prin punerea la dispoziție a fondurilor, prin amânarea scadenței unei creanțe sau prin achiziția de creanțe (doctrina identificând în acest text împrumutul de fonduri, prelungirea scadenței unei datorii şi scontul[13]), alătură operațiuni juridice atât de diferite, încât acestora le lipseşte aparent un numitor comun. Astfel, mecanismul creditului prin punerea la dispoziție a fondurilor implică un avans de fonduri, în timp ce amânarea scadenței unei creanțe presupune doar un acord al părților cu privire la decalarea exigibilității datoriei, fără vreo mişcare de fonduri şi chiar fără ca obligația să fi fost născută inițial în legătură cu un împrumut de fonduri, după cum achiziția de creanțe angajează un transfer de fonduri între părți, dar ca preț al cesiunii de creanță, iar nu ca sumă de bani supusă rambursării.

Actuala reglementare generală în materie instituțional-bancară, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit şi adecvarea capitalului, include în lista activităților pe care instituțiile de credit le pot desfăşura (listă care reproduce prevederile directivei europene în materie) categoria activităților de creditare, descrisă ca *„acordare de credite, incluzând printre altele: credite de consum, credite ipotecare, factoring cu sau fără regres, finanțarea tranzacțiilor comerciale, inclusiv forfetare"* [art. 18 alin. (1) lit. b)]. Operațiunile constând în *„emiterea de garanții şi asumarea de angajamente"* [art. 18 alin. (1) lit. f)] nu sunt plasate între activitățile de acordare de credite, ceea ce ar implica, în principiu, o calificare diferită a acestora, chiar în condițiile în care enumerarea este exemplificativă, întrucât tehnica legislativă (şi logica) ar fi presupus ca, dacă legiuitorul enumeră speciile unui gen, să epuizeze măcar enumerarea, dacă nu genul, în acelaşi text legal.

Absența atât din Codul civil, cât şi din reglementarea instituțională a materiei bancare a unei definiții normative generale a

creditorului. L. Gaudin, *La patience du créancier: contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, Defrénois, Paris, 2009, p. 14.

[13] I. Turcu, *Operațiuni şi contracte bancare. Tratat de drept bancar*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2004, p. 247; L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 393.

creditului bancar, din care să poată fi extrase elemente definitorii pentru toate clasele creditului bancar, face ca orice calificare a unei operațiuni neincluse în enumerarea legală ca fiind una de creditare bancară să fie discutabilă. Inconvenientele generate de absența definiției legale cresc în cazul operațiunilor bancare atipice, fără ascendent în împrumutul clasic de sume de bani, pentru care riscul unei calificări eronate creşte.

Această dificultate a fost remarcată, de altfel, şi în doctrina unui sistem al cărui drept bancar pozitiv cuprinde o definiție legală a creditului bancar, într-o analiză a raportului dintre respectiva definiție şi activitățile pe care le pot desfăşura instituțiile de credit în conformitate cu dreptul Uniunii Europene[14], activități care sunt reproduse *tale quale*, sub forma unei liste, în legislațiile statelor membre, inclusiv în România, prin texte de genul celui menționat anterior.

Definițiile sectoriale ale diferitelor forme de creditare, fără să suplinească absența definiției legale generale, întrucât au o aplicabilitate circumscrisă domeniului de reglementare al actului normativ din care provin, pot servi, într-o analiză comparativă care să extragă elementele lor comune, la definirea creditului bancar.

Astfel, spre exemplu, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori defineşte contractul de credit ca fiind *„contractul prin care un creditor acordă, promite sau stipulează posibilitatea de a acorda unui consumator un credit sub formă de amânare la plată,*

[14] C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire. Institutions. Comptes. Opérations. Services*, 7e éd., Litec, Paris, 2008, p. 415. Autorii îşi exprimau îndoiala că operațiunile de emitere de garanții ar fi acoperite de formula „acordare de credite în cont propriu" din Directiva 2000/12/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 20 martie 2000 privind accesul la activitate şi desfăşurarea activității de către instituțiile de credit (în prezent înlocuită de Directiva 2013/36/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 26 iunie 2013 cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit şi supravegherea prudențială a instituțiilor de credit şi a firmelor de investiții, care a înlocuit la rândul ei recent Directiva nr. 2006/48/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 14 iunie 2006 privind accesul la activitate şi desfăşurarea activității de către instituțiile de credit, toate conținând dispoziții similare).

*împrumut sau alte facilități financiare similare, cu excepția contractelor pentru prestarea de servicii în mod continuu ori pentru furnizarea de bunuri de același fel, atunci când consumatorul plătește pentru asemenea servicii sau bunuri în rate, pe durata furnizării lor*" (art. 7 pct. 2).

Pe de altă parte, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 10/1997 cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor din economie, act normativ care nu mai este în prezent în vigoare, dar al cărui fundament teoretic își păstrează valabilitatea, definea alte două forme speciale de creditare: forfetarea ca fiind „*un contract prin care un vânzător sau prestator de servicii își vinde creanțele pe care le are față de un cumpărător sau beneficiar unei societăți bancare sau unei instituții financiare specializate, contra unei taxe de forfetare*"; factoringul ca fiind „*un contract încheiat între o parte, denumită aderent, furnizoare de mărfuri sau prestatoare de servicii, și o societate bancară sau o instituție financiară specializată, denumită factor, prin care aceasta din urmă asigură finanțarea, urmărirea creanțelor și protecția riscurilor de credit, iar aderentul cedează factorului, cu titlu de vânzare sau de gaj, creanțele născute din vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii pentru terți*".

Acestor definiții cu aplicabilitate sectorială li se pot adăuga elemente de analiză desprinse din reglementările secundare ale Băncii Naționale a României, care, la rândul lor, au o anumită utilitate în clarificarea problemei.

Spre exemplu, Regulamentul nr. 2/2012 privind organizarea și funcționarea la Banca Națională a României a Centralei Riscului de Credit definește operațiunile prin care persoanele declarante se expun la risc ca fiind fie acordarea de credite propriu-zisă, fie (alternativ, așadar) asumarea de angajamente de către bancă, în numele debitorului, față de o altă persoană fizică sau juridică (art. 2 pct. 1). Această delimitare este în acord cu prevederile actualei legi bancare, care, așa cum arătam, nu plasează emiterea de garanții și asumarea de angajamente în enumerarea precitată a activităților propriu-zise de acordare de credite. Textul din reglementarea băncii centrale nu clarifică, însă, natura

angajamentelor băncii asumate în nume propriu, dar la solicitarea clientului, față de o terță persoană, angajamente distincte de categoria celor asumate de bancă în numele clientului față de un terț, dar prin care banca se expune, de asemenea, unui risc similar riscului de credit.

Pe de altă parte, Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 16/2012 privind clasificarea creditelor şi plasamentelor, precum şi determinarea şi utilizarea ajustărilor prudențiale de valoare, fără să avanseze o definiție generală, prevede o listă a formelor speciale ale creditului bancar, incluzând o sintagmă („alte credite acordate clientelei") care îi conferă acesteia caracter neexhaustiv. Enumerarea cuprinde operațiuni precum scontul, factoringul cu recurs, deschiderile de credit permanente, creditele globale de exploatare, alte credite de trezorerie, creditele pentru import / export / echipamente / finanțarea stocurilor, creditele de consum, creditele ipotecare, alte credite pentru achiziții imobiliare, soldurile debitoare ale conturilor curente etc.

La rândul său, Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 17/2012 privind unele condiții de creditare defineşte creditul ca reprezentând suma evidențiată în conturi bilanțiere sau în conturi din afara bilanțului, pusă la dispoziție ori pe care instituția creditoare s-a angajat să o pună la dispoziție unei persoane fizice sau unei entități nefinanciare, în schimbul obligației debitorului în cauză de a rambursa suma respectivă, precum şi de a plăti dobânzi ori alte cheltuieli legate de această sumă (art. 3 lit. c). Această definiție poate fi considerată ca având un caracter de generalitate suficient de apropiat de cel al unui enunț cu aplicabilitate de ansamblu.

Diversitatea operațiunilor juridice calificate drept credite bancare în diferite acte normative este evidentă: alături de împrumutul clasic de fonduri (care poate avea destinații precum consumul, investițiile, finanțarea tranzacțiilor comerciale), legea include în această categorie mecanisme precum scontul, factoringul şi forfetarea, care presupun mobilizarea unor creanțe, sau deschiderile de credite, care constituie finanțări prin conturile curente.

În aceste condiții, pentru a stabili sensul conceptului de credit bancar, este necesară o categorizare a formelor creditului bancar, urmată de identificarea elementelor definitorii comune tuturor acestor operațiuni de creditare.

**8. Contextul doctrinar.** Doctrina a încercat să clasifice creditele bancare în funcție de mai multe criterii[15]. Dintre acestea, numai criteriul conținutului creditului, care distinge, tehnic, în general, între creditele prin avansuri de fonduri și creditele prin semnătură, prezintă relevanță și utilitate pentru identificarea formelor speciale ale creditului bancar[16], întrucât se fundamentează pe mecanismul juridic al operațiunii.

În analizele dedicate creditării, se apreciază că este mai facil să fie intuită funcția economică a acesteia decât să fie definit conceptul juridic de credit. Este acceptat, în mod unanim, că, din perspectivă economică, operațiunea de creditare presupune transferul provizoriu de capital de la un finanțator creditor la un client debitor, pentru finanțarea producției sau a consumului, în schimbul unei remunerații[17]. De altfel, unii autori consideră că

---

[15] Diferitele forme de creditare sunt deduse de unii autori din clasificări pe criteriul duratei, al funcției economice, al garanțiilor, al facilităților de mobilizare și al tehnicii juridice utilizate. Vezi J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, ed. a IV-a, Dalloz, Paris, 1986, p. 408. Astfel, au fost propuse mai multe criterii de clasificare a creditelor: criteriul scadenței sau al duratei rambursării (credite pe termen scurt, mediu sau lung), criteriul destinației fondurilor (credite pentru finanțarea producției și credite pentru finanțarea achizițiilor), criteriul garanțiilor rambursării (credite garantate și credite negarantate), criteriul posibilității băncii de a se refinanța (credite mobilizabile și credite nemobilizabile), criteriul numărului creditorilor (credite acordate de o singură bancă și credite consorțiale, sindicalizate), criteriul locului utilizării creditului (credite interne și credite internaționale). Vezi C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 265. Aceste criterii au fost preluate și în doctrina română. Vezi I. Turcu, *op. cit.*, p. 247; L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *op. cit.*, p. 394. Alți autori consideră că trebuie distins între creditul cu vocație națională și cel cu vocație internațională, în prima categorie fiind plasate, la rândul lor, creditele destinate particularilor și creditele destinate întreprinderilor. Vezi P. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, ed. a II-a, Dalloz, Paris, 2005, p. 205.

[16] C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 265.

[17] J. Mondino, Y. Thomas, *Le droit du crédit*, ed. a IV-a, AENGDE-Dunod, Paris, 1992, p. 9.

noțiunea de creditare este una economică şi că ea este acoperită de o pluralitate de tehnici juridice, incluzând împrumutul, descoperitul de cont, scontul, fideiusiunea, avalul, garanția autonomă etc. În realitate, conceptului de credit bancar nu i se poate nega statutul de noțiune juridică, în condițiile în care dreptul pozitiv, doctrina şi jurisprudența operează cu acest concept.

Creditul bancar nu constituie, însă, o operațiune juridică de drept comun[18]. Doctrina din diferite sisteme de drept analizează unicitatea operațiunii de creditare pe plan juridic în conjuncție cu diversitatea formelor creditului bancar[19]. O distincție conceptuală între creditul bancar, în general, şi formele acestuia, concretizate în diferite ipostaze contractuale, se impune, în aceste condiții. Două orientări principale pot fi luate în considerare ca referințe pentru categorizarea creditelor bancare.

Prima, de sorginte britanică, sistematizează diversele forme de creditare bancară în trei variante de bază: împrumutul cu termen *(term loan)*, facilitățile *revolving (revolving facilities)* şi descoperitul de cont *(overdraft)*. Practica bancară din sistemele de *common law* utilizează termenul *facility* pentru a le denumi în mod generic[20]. O altă opinie distinge, conceptual, între doar două categorii, descoperitul de cont *(overdraft)* şi împrumutul *(loan)*. Descoperitul de cont *(overdraft)* se diferențiază față de împrumut *(loan)* prin mecanismul de creditare, care, în primul caz, implică acordul băncii de a finanța operațiunile clientului care depăşesc disponibilul aflat în contul său curent, în timp ce, în cel de-al doilea caz, presupune un avans de fonduri, care sunt puse de bancă la dispoziția clientului[21]. Între operațiunile de împrumut *(loan)* se recunoaşte, şi în această opinie, existența unei varietăți de credit *revolving (revolving facilities)*, caracterizată printr-un mecanism particular care îi permite clientului să exercite dreptul de a efectua trageri de sume de bani, în tranşe, în limita plafonului

[18] P. Neau-Leduc, *op. cit.*, p. 204.
[19] J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 407.
[20] R. Cranston, *op. cit.*, pp. 299-300.
[21] E.P. Ellinger, E. Lomnicka, R.J.A. Hooley, *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford University Press, Londra, 2006, pp. 687-688.

pus la dispoziție de bancă, şi dreptul de a efectua rambursări succesive care reînnoiesc suma disponibilă, cu obligația de a remunera banca cu dobândă numai pentru sumele de bani trase efectiv şi pentru perioadele în care respectivele sumele de bani sunt utilizate. Pe baza acestor forme ale creditării bancare, practica a construit alte varietăți de credit, care, la rândul lor, pot fi combinate printr-o nouă tehnică de creditare *(multiple-option facility)*[22], care permite clientului să acceseze fondurile, pe o perioadă determinată şi în limita unui anumit plafon, optând pentru una sau mai multe dintre tehnicile prevăzute în contract.

A doua orientare de referință este cea din doctrina franceză, care califică o operațiune ca fiind credit bancar prin raportare la persoana creditorului (o bancă sau, generic, o instituție de credit) şi la conținutul contractului (un credit având ca obiect punerea la dispoziție a unei sume de bani)[23]. Din definiția Codului monetar şi financiar francez (art. L 313-1) rezultă că o pluralitate de operațiuni, foarte diferite în aparență, respectiv punerea la dispoziție de fonduri şi creditele prin semnătură, sunt calificate ca fiind operațiuni de credit[24]. Tipologia operațiunilor de credit fundamentată pe această definiție cuprinde mecanisme financiare diverse, de la împrumutul clasic la montaje complexe[25].

Criteriul tehnicilor juridice utilizate permite distincția între împrumuturi (desemnate prin termeni precum avans, descoperit, facilitate etc.), plăți anticipate ale unor creanțe transferate băncii (scontul, factoringul etc.) şi credite prin semnătură (fideiusiunea, avalul, scrisoarea de garanție bancară etc.)[26].

Într-adevăr, tehnicile juridice utilizate pentru creditare au evoluat, în timp, de la împrumutul clasic prin avans de fonduri, instrument de drept comun în care creditul bancar îşi are sorgintea, dar care în prezent a fost transgresat, la deschiderile de

---

[22] R. Cranston, *op. cit.*, p. 300.

[23] J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 407.

[24] T. Bonneau, *Droit bancaire*, ed. a IX-a, Montchrestien, Paris, 2011, p. 44; S. Piedelièvre, *Droit bancaire*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, p. 305.

[25] C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 265.

[26] J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, pp. 414-415.

credit sub forma descoperitului de cont sau a facilității de cont, calificate drept promisiuni de creditare. Totodată, tehnicile de creditare includ creditele prin mobilizare de creanțe (cesiunea de creanță, scontul, factoringul etc.), dar şi credite speciale care nu implică mobilizări de creanțe (leasingul etc.). În fine, creditele prin semnătură (cum este scrisoarea de garanție bancară) sunt considerate, la rândul lor, forme speciale de creditare, unii autori calificându-le şi pe acestea ca fiind promisiuni de creditare[27].

Definirea creditului este considerată, în acest context, în egală măsură facilă şi dificilă. În măsura în care este luată în calcul doar schema clasică a împrumutului, definirea este facilă. Dificultatea apare în momentul în care se admite că operațiunile de credit nu se fundamentează în mod univoc pe tehnica împrumutului, deci nu sunt omogene şi sunt adesea originale. Pot fi avute în vedere, în acest sens, schematic, trei ipoteze: obținerea imediată de fonduri (prin împrumut, scont, factoring etc.); obținerea mediată de fonduri (în cazul liniei de credit, al creditelor prin semnătură etc.); obținerea de bunuri fără obținerea de fonduri (leasingul)[28].

Creditului bancar nu mai îi corespunde, aşadar, în prezent, în mod necesar un împrumut de sume de bani, constând în furnizarea de lichidități care devin proprietatea împrumutatului, în schimbul obligației acestuia de a restitui suma de bani şi de a plăti o remunerație. Alături de această tehnică de drept comun, care, la rândul ei, poate îmbrăca forma avansului de fonduri, a descoperitului de cont etc., numeroase alte tehnici juridice îndeplinesc în egală măsură o funcție de creditare: cesiunea de creanță, leasingul, garanțiile[29].

Operațiunile care reprezintă specii ale creditului bancar, calificate astfel de dreptul pozitiv sau de doctrină, pot fi, la rândul lor, clasificate în categorii de operațiuni, în scopul de a identifica elementele definitorii comune tuturor formelor de creditare.

---

[27] P. Neau-Leduc, *op. cit.*, p. 206, 215, 239.
[28] S. Piedelièvre, *op. cit.*, pp. 304-306.
[29] J. Mondino, Y. Thomas, *op. cit.*, p. 10. Vezi în acelaşi sens şi I. Turcu, *op. cit.*, p. 248.

**9. Formele creditului bancar.** Dacă doctrina britanică distinge, generic, între împrumutul cu termen *(term loan)*, facilitățile *revolving (revolving facilities)* şi descoperitul de cont *(overdraft)*, doctrina franceză operează categorizări care separă, în principiu, împrumuturile clasice, liniile de credit, creditele prin mobilizare de creanțe şi creditele prin semnătură.

Ceea ce diferențiază aceste operațiuni de creditare este conținutul angajamentului băncii de a pune la dispoziție fonduri, în sensul că anumite credite implică o punere la dispoziție imediată de fonduri (sumele de bani fiind remise, de regulă, la data încheierii contractului), altele o punere la dispoziție viitoare (banca promițând să dea curs cererilor de tragere ale clientului, pe parcursul derulării contractului), iar unele presupun doar o punere la dispoziție eventuală de fonduri (banca asumându-şi un angajament prin semnătură a cărui executare este condiționată de insolvabilitatea clientului debitor). În funcție de acest criteriu, angajamentul băncii poate fi unul cu executare imediată, viitoare sau eventuală [30], fără ca această distincție să aibă valoare absolută[31].

Astfel, o primă categorie de credite bancare sunt, potrivit acestei categorizări, creditele prin punere la dispoziție imediată de fonduri, care pot îmbrăca forma creditului pentru investiții, a creditului de casierie pentru cheltuieli curente, a creditului pentru consum. Toate acestea sunt ipostaze ale împrumutului clasic de fonduri, împrumut de consumație care presupune remiterea de către bancă a unei sume de bani, în schimbul obligației clientului de a restitui după o anumită perioadă de timp suma respectivă şi de a plăti o remunerație.

Dar, dacă toate împrumuturile bancare sunt credite, nu toate creditele bancare sunt împrumuturi[32]. Dificultatea definirii integrate a creditării apare, aşa cum arătam, în momentul în care este adus în discuție scontul, operațiune de credit prin excelență, constând în transmiterea prin gir a unui titlu de credit de către posesorul său,

[30] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 46.
[31] S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 316.
[32] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 44.

clientul băncii, în calitate de girant, către bancă, în calitate de giratar, în schimbul punerii la dispoziție de către bancă a sumei de bani menționate de titlu, diminuată cu remunerația datorată de client. Faptul că banca face o plată cu titlu de preț al cesiunii de creanță, precum şi faptul că clientul băncii nu rambursează personal vreo sumă de bani reprezintă argumente care ar conduce, aparent, la concluzia că operațiunea reprezintă o cesiune de creanță[33]. Cu toate acestea, scontul este considerat a fi prototipul clasic pentru categoria creditelor prin mobilizare de creanțe, credite care implică punerea la dispoziție imediată a fondurilor de către bancă, cu titlu de plată anticipată a unei creanțe, adică un avantaj procurat clientului în schimbul unei remunerații. Ceea de face, însă, din această operațiune un credit prin excelență este faptul că ceea ce apare ca fiind un preț al cesiunii de creanță nu este pentru bancă decât un avans de fonduri, care i se rambursează în momentul în care încasează, la scadență, suma de bani care face obiectul creanței. Tehnicile de creditare prin mobilizare de creanțe s-au diversificat, prototipul modern al acestora fiind factoringul, care presupune un transfer de creanțe între clientul aderent şi banca factor, prin care aceasta din urmă asigură finanțarea, urmărirea creanțelor şi protecția riscurilor de credit, în schimbul unei remunerații.

O a doua categorie de credite bancare sunt deschiderile de credit, prin care banca se obligă să țină la dispoziția clientului o sumă de bani, în limita unui anumit plafon, sub forma unei linii de credit care funcționează pe baza mecanismului de tip *revolving*. Aceste operațiuni implică punerea la dispoziție a fondurilor în momentul în care clientul decide să le utilizeze, deci o punere la dispoziție viitoare de fonduri[34]. Facilitatea de credit, singura formă specială de creditare bancară reglementată în noul Cod civil român, are trei elemente definitorii: dreptul clientului de a efectua trageri de sume de bani, în tranşe, în limita plafonului pus la dispoziție de instituția de credit; posibilitatea clientului de a

[33] *Ibidem.*
[34] *Idem*, p. 47.

efectua rambursări succesive care reînnoiesc suma disponibilă; obligația clientului de a remunera banca cu dobândă numai pentru sumele de bani trase efectiv şi pentru perioadele în care respectivele sumele de bani sunt utilizate (ultimul dintre aceste elemente fiind omis din reglementarea codului). Valoarea creditului angajat de bancă este reprezentată de plafonul maxim de fonduri pe care banca se obligă să le pună la dispoziția clientului, în urma cererilor de tragere formulate de acesta.

Clientul este obligat să ramburseze toate sumele de bani trase, împreună cu dobânzile şi comisioanele legate de această sume. Specific, însă, liniei de credit este faptul că rambursările succesive realizate de client pe parcursul executării contractului reînnoiesc suma disponibilă în cadrul plafonului pus la dispoziție de bancă, astfel încât clientul poate efectua ulterior noi trageri în limita plafonului reîntregit.

Contractul de facilitate de credit nu rămâne în faza promisiunii de a contracta, ci constituie un veritabil contract de credit bancar: nici banca, nici clientul nu promit să contracteze creditul în viitor, respectiv să-şi exprime consimțământul, subsecvent promisiunii şi în executarea ei, cu privire la încheierea unui contract de credit distinct de aşa-zisa promisiune de credit inițială; în realitate, părțile convin deschiderea de către bancă a liniei de credit, care implică punerea la dispoziție a fondurilor în viitor, la cererea clientului, iar nu avansul efectiv şi imediat al unor sume de bani.

Operațiunile care implică punerea la dispoziție de fonduri de către bancă în eventualitatea neexecutării de către client a obligațiilor sale (emiterea de către bancă de garanții sub forma fideiusiunii, a avalului, a scrisorii de garanție etc.), chiar dacă nu a fost efectuat niciun avans de fonduri, pot fi grupate în cea de-a treia categorie de credite bancare, creditele prin semnătură[35]. În doctrină se operează chiar cu o distincție între contractele al căror conținut predominant este creditarea şi contractele care, deşi pot implica acordarea unui credit prin semnătură (în măsura în care

[35] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 44, 47.

prestația constând în oferirea de către bancă a unei garanții se înscrie în conținutul mai amplu al unor raporturi contractuale complexe), sunt încadrabile mai degrabă în categoria serviciilor bancare[36], însă această opinie este marginală.

Creditul prin semnătură apare ca o formă de creditare cu executare eventuală caracterizată prin angajamentul băncii, asumat față de clientul său, de a pune fonduri la dispoziția unui terț beneficiar, condiționat de apelul acestuia la plată, în schimbul obligației clientului de a rambursa suma respectivă, precum și de a plăti dobânzi ori alte cheltuieli legate de această sumă. Valoarea creditului pe care banca se angajează să îl pună la dispoziție este dată de suma maximă pe care banca ar putea fi nevoită să o plătească dacă terțul beneficiar ar face apel la plată, iar valoarea creditului efectiv acordat este suma de bani plătită de bancă terțului beneficiar, pe care clientul este obligat să o ramburseze.

Creditele prin semnătură reprezintă forme de creditare bancară caracterizate prin absența punerii la dispoziție efective și imediate de fonduri de către bancă. Mai mult, creditele prin semnătură nu presupun nici chiar avansul viitor, dar cert, al unor sume de bani, ci doar avansul eventual de fonduri, de regulă în beneficiul unui terț, justificat de neexecutarea unor obligații de către clientul băncii și condiționat de apelul terțului prejudiciat la plata de către bancă a banilor[37], în schimbul obligației clientului la rambursarea creditului.

S-a afirmat chiar că derularea normală a acestor operațiuni de creditare ar presupune ca banca să nici nu avanseze, pe durata executării contractului, vreo sumă de bani, întrucât băncile preferă să-și împrumute semnătura decât să împrumute bani[38], și că această modalitate de derulare a creditării ar constitui un avantaj pentru instituția de credit[39]. Operațiunile de creditare bancară prin semnătură evită, așadar, remiterile de fonduri de

[36] C. Angelici, F. Belli, G.L. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, *op. cit.*, p. 101, 126.
[37] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 519.
[38] C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 415.
[39] S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 380.

către bancă, motiv pentru care practica bancară le-a plasat în categoria produselor de creditare *non-cash*.

Deşi această formă de angajament bancar aparţine în mod tradiţional familiei clasice a cauţiunilor, garanţii personale cu o funcţie economică comună – procurarea unui debitor solvabil în caz de insolvabilitate a debitorului principal –, iar tehnicile juridice care permit creditarea prin semnătură se bazează în special pe dreptul comun al garanţiilor şi pe dreptul cambial[40], se consideră că scrisoarea de garanţie bancară constituie, în prezent, prototipul creditelor prin semnătură[41], în considerarea importanţei sale practice.

Ceea ce justifică apartenenţa acestor operaţiuni la categoria creditelor bancare şi, în consecinţă, calificarea lor drept forme speciale ale creditului bancar, cu tratamentul juridic aferent, este asumarea de către bancă a riscurilor pe care emiterea garanţiilor le presupune[42] şi care privesc eventualitatea nerambursării de către clientul insolvabil a sumelor de bani cu care banca l-a creditat prin punerea lor la dispoziţia terţului beneficiar.

La fel ca în cazul facilităţii de credit, şi contractul dintre banca emitentă şi clientul ordonator depăşeşte cadrul unei promisiuni de contract, fiind un veritabil contract de credit bancar: banca şi clientul nu promit să contracteze creditul în viitor, respectiv să-şi exprime consimţământul, subsecvent promisiunii şi în executarea ei, cu privire la încheierea unui contract de credit distinct de aşa-zisa promisiune de credit; părţile convin acordarea de către bancă a creditului, sub forma particulară a emiterii scrisorii de garanţie bancară, care obligă banca la punerea la dispoziţie eventuală a fondurilor, iar nu la un avans efectiv şi imediat al unor sume de bani.

În esenţă, aşadar, punerea la dispoziţie de fonduri de către bancă este imediată în măsura în care avansul de fonduri pe care îl presupune operaţiunea de credit este contemporan încheierii contractului şi nu este subordonat niciunui act posterior; punerea

[40] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 506.
[41] C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 415.
[42] *Ibidem.*

la dispoziție de fonduri este viitoare atunci când avansul de fonduri este doar promis, dar realizarea sa este subordonată unui alt act (act de voință, prezentare a unui document etc.); punerea la dispoziție de fonduri este eventuală dacă avansul de fonduri este legat de o culpă a clientului băncii în executarea obligațiilor sale față de terți[43].

**10. Elementele definitorii comune ale creditelor bancare.** Sintetizând elementele comune ale operațiunilor de creditare bancară desprinse din analiza de mai sus, creditul apare ca un concept generic, neomogen din perspectivă tehnică. Creditării ca gen contractual i se subsumează mecanisme juridice diverse, manifestate prin diferitele specii de contract de credit, fiecare având un obiect şi o cauză specifice[44].

Creditarea nu constituie, totuşi, un concept cu conținut variabil, ci unul unitar[45]. Omogenitatea categoriei operațiunilor de credit este dată de elementele comune acestor operațiuni.

Abordarea tradițională consideră că operațiunile de creditare presupun reunirea a doi factori, durata şi încrederea[46], la care poate fi adăugat, eventual, riscul[47]. Nu există credit decât în măsura în care există un decalaj între două prestații: cea a băncii creditoare, actuală, şi cea a clientului creditat, viitoare[48]. Intervalul de timp în care finanțatorul se dispensează de fondurile puse la dispoziția clientului este, aşadar, de esența creditului[49]. La rândul lor, încrederea şi riscul par să se afle într-o relație de incompatibilitate, însă, în realitate, suntem în prezența unei încrederi „calculate" pe baza evaluării solvabilității clientului şi a securizării finanțării prin intermediul garanțiilor. Asumarea de către bancă a angajamentului de a pune la dispoziție o sumă de bani presupune o relație de încredere între bancă şi client.

---

43 T. Bonneau, *op. cit.*, p. 47.
44 *Idem*, p. 48.
45 *Idem*, p. 45.
46 J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 406.
47 S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 305
48 J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 406.
49 J. Mondino, Y. Thomas, *op. cit.*, p. 9.

Încrederea se bazează pe evaluarea solvabilității clientului şi este, eventual, consolidată, la solicitarea băncii, prin constituirea de garanții de către client[50]. Riscul subzistă, însă, tocmai pe fondul decalajului temporal[51] dintre momentul angajamentului de punere la dispoziție a fondurilor de către bancă (contemporan cu evaluarea solvabilității clientului şi a siguranței garanțiilor) şi momentul exigibilității obligației de rambursare a fondurilor de către client (până la care poate surveni insolvabilitatea clientului sau diminuarea eficacității garanțiilor).

Fără să ignore aceşti factori, abordarea modernă a conținutului comun al operațiunilor de creditare bancară este fundamentată pe mecanismele lor juridice, care au o capacitate explicativă superioară. Din această perspectivă, orice credit bancar presupune, în principiu, angajamentul instituției de credit de a pune la dispoziția clientului o sumă de bani şi obligațiile corelative ale acestuia din urmă de a rambursa fondurile şi de a plăti o remunerație. Cu alte cuvinte, ceea ce au în comun toate operațiunile de creditare bancară sunt: (1) angajamentul băncii de punere la dispoziție a fondurilor; (2) rambursarea; (3) remunerarea.

Această modalitate de explicare a creditului bancar se fundamentează pe tezele avansate până acum în doctrină, însă se diferențiază de acestea cel puțin la nivel de nuanță.

Astfel, doctrina a identificat, cu valoare de elemente constitutive comune ale creditării, fie punerea la dispoziție de fonduri şi remunerarea[52], fie avansul de fonduri, remunerarea şi rambursarea[53].

Anumiți autori apreciază că avansul de fonduri, pe durată determinată sau nedeterminată, indiferent de originea acestora, este un element constitutiv al creditării. Alături de împrumutul de fonduri, ar constitui, în consecință, operațiuni de creditare descoperitul de cont, operațiunile de mobilizare de creanțe

[50] Ph. Neau-Leduc, *op. cit.*, p. 239; T. Bonneau, *op. cit.*, p. 540.

[51] S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 305; J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 406. J. Mondino, Y. Thomas, *op. cit.*, p. 9

[52] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 45.

[53] I. Turcu, *op. cit.*, p. 249.

(scontul, factoringul), precum şi linia de credit, care ar avea natura unei promisiuni de punere la dispoziţie a fondurilor de către bancă[54].

Sintagma „avans de fonduri" este considerată, însă, a fi insuficient de neutră, întrucât orice avans implică o rambursare. Există, totuşi, credite care nu presupun rambursarea fondurilor (adică plata fondurilor de către client), ci o restituire (efectuată de un terţ). În aceste condiţii, dacă rambursarea *stricto sensu* nu este decât o specie a restituirii, avansul de fonduri, propus ca element constitutiv, nu este decât o specie a punerii la dispoziţie de fonduri[55].

Avansul de fonduri este realizat, în general, prin punerea fondurilor la dispoziţia clientului. În cazul creditelor prin semnătură, însă, fondurile sunt puse la dispoziţia beneficiarului garanţiei, iar nu la dispoziţia clientului ordonator, fără ca acest mecanism să transforme natura operaţiunii, întrucât banca îşi va recupera fondurile avansate de la propriul client, împreună cu remuneraţia aferentă operaţiunii.

Prin urmare, nu reprezintă un element constitutiv comun al operaţiunilor de creditare nici avansul de fonduri, nici punerea fondurilor la dispoziţia clientului, ci angajamentul băncii de a pune fonduri la dispoziţie. Numai formulat astfel, acest element definitoriu acoperă toate formele speciale ale creditului bancar, inclusiv liniile de credit şi creditele prin semnătură, considerate în mod eronat de unii autori, aşa cum am arătat, simple promisiuni de creditare.

În al doilea rând, operaţiunea de creditare implică rambursarea[56] fondurilor. Aceasta este realizată, în general, de către clientul beneficiar, ca în cazul împrumutului clasic de fonduri sau al liniei de credit. În cazul creditelor prin mobilizare de creanţe,

---

[54] C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 22.

[55] T. Bonneau, *op. cit.*, pp. 46-47.

[56] Terminologic, preferăm să utilizăm noţiunea de rambursare cu sens generic, iar noţiunea de restituire cu sens restrâns la rambursarea realizată de persoana căreia îi fusese iniţial pusă la dispoziţie suma de bani.

însă, rambursarea este realizată de debitorul clientului, devenit debitor al băncii ca efect al cesiunii de creanță sau al subrogației[57].

Observăm, aşadar, că mecanismul clasic al creditului bancar, bazat pe contractul de împrumut de fonduri, presupune o relație bilaterală între bancă şi client, în care banca este debitorul obligației de a pune fondurile la dispoziția clientului, iar clientul este debitorul obligației de a rambursa aceste fonduri şi de a plăti remunerația.

Există, însă, alte două ipoteze de creditare derivate din mecanismul clasic, dar diferite de acesta, care presupun o relație triunghiulară, în cadrul căreia părților contractului de credit, banca şi clientul, li se adaugă o a treia persoană implicată în operațiunea de creditare. În cazul creditului prin mobilizare de creanțe, deşi fondurile au fost puse la dispoziția clientului, obligația de rambursare (în acest caz, de plată a creanței) îi revine debitorului clientului, care devine debitor al băncii ca efect al cesiunii de creanță sau al subrogației. În cazul creditului prin semnătură, banca este debitor al obligației de a pune fondurile la dispoziția terțului beneficiar, în timp ce debitor al obligației de rambursare este clientul, cu toate că fondurile nu au fost puse la dispoziția acestuia.

Sintetic, există credite în cazul cărora banca pune fondurile la dispoziția clientului, iar acesta le rambursează; există credite în cazul cărora banca pune fondurile la dispoziția clientului, dar le rambursează o terță persoană; în sfârşit, există credite în cazul cărora banca pune fondurile la dispoziția unei terțe persoane, dar rambursarea o face clientul.

Întotdeauna, însă, clientul este cel care realizează remunerarea băncii pentru punerea la dispoziție a fondurilor, element indispensabil creditării bancare, o creditare esențialmente cu titlu oneros[58]. Remunerarea este efectuată de client chiar şi în cazul operațiunilor triunghiulare: creditul prin mobilizare de creanțe presupune plata de către bancă a unei sume egale cu diferența

[57] C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 23.
[58] *Idem*, p. 24.

dintre valoarea nominală a creanței și dobânzile și comisioanele aferente operațiunii respective, astfel încât costul operațiunii este suportat de client, care nu încasează valoarea nominală a creanței, ci o sumă de bani diminuată cu costul creditării; creditul prin semnătură, pe de altă parte, obligă clientul nu numai la rambursarea sumei de bani puse de bancă la dispoziția terțului beneficiar, ci și la plata dobânzilor și a comisioanelor aferente operațiunii; clientul va suporta, așadar, costul operațiunii de creditare, deși suma de bani nu a fost pusă de către bancă la dispoziția sa.

Remunerarea poate îmbrăca forma dobânzilor sau a comisioanelor[59]. În anumite ipoteze particulare, însă, clientul nu datorează dobânda, în măsura în care banca, deși și-a asumat angajamentul de a pune fondurile la dispoziție, nu a avansat sume de bani. Spre exemplu, în cazul în care contractul de credit prin semnătură se derulează fără ca banca să pună efectiv fonduri la dispoziția terțului beneficiar, singura remunerație datorată de client rămâne comisionul pentru emiterea scrisorii. Numai în situația în care, la cererea terțului beneficiar, banca avansează efectiv fondurile, ea va fi îndreptățită să perceapă dobânzi pentru sumele de bani puse la dispoziție și pentru intervalul de timp cuprins între momentul punerii fondurilor la dispoziția terțului beneficiar și cel al rambursării sumelor de bani de către clientul ordonator. În mod similar, în situația liniei de credit, dacă banca nu avansează fonduri întrucât clientul nu efectuează trageri, remunerația datorată de client se limitează la comisionul de neutilizare a fondurilor. În cazul în care clientul ordonă trageri, iar banca îi pune fonduri la dispoziție efectiv, clientul va datora dobânzi pentru sumele de bani puse la dispoziție și pentru intervalul de timp cuprins între momentul avansării fondurilor și cel al rambursării lor. Și în cazul creditelor prin mobilizare de creanțe remunerarea băncii se realizează într-o manieră particulară: cesiunea de creanță are loc, în general, la un preț mai redus decât valoarea nominală, diferența dintre acestea (taxa de scont, taxa de forfetare etc.) reprezentând dobânda datorată de

[59] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 45.

client pentru fondurile avansate de bancă, între momentul cesiunii şi cel al scadenţei creanţei, la care se adaugă comisioanele pentru serviciile de urmărire şi încasare a creanţei, realizate de bancă.

De esenţa creditului bancar sunt, în sinteză, asumarea de către bancă a obligaţiei de a pune la dispoziţie fonduri, rambursarea acestora şi remuneraţia plătită băncii. Fondurile pot fi puse la dispoziţia clientului sau a unui terţ; rambursarea poate fi făcută de către client sau de către un terţ; remunerarea băncii se realizează întotdeauna de către client.

**11. Definirea conceptului de credit bancar.** Creditul este, într-o formulare eliptică, încrederea contractuală[60], iar într-o definire concisă, o punere la dispoziţie de fonduri remunerată[61].

Susţinerea pe care o asigură banca creditoare constă în punerea la dispoziţie a unei sume de bani. În principiu, fondurile sunt puse la dispoziţia clientului. Faptul că suma de bani este plătită de bancă unui terţ faţă de contractul de credit bancar nu impietează, însă, asupra naturii juridice a acestei operaţiuni, întrucât punerea fondurilor la dispoziţia clientului creditat nu este de esenţa contractului de credit bancar, după cum nici rambursarea fondurilor de către client nu este esenţială pentru calificarea contractului, ea putând fi efectuată de un terţ. Există, astfel, credite bancare în cazul cărora banca pune fondurile la dispoziţia clientului, dar le recuperează de la un terţ faţă de contractul de credit (creditele bancare sub forma mobilizărilor de creanţe: cesiunea de creanţă clasică, factoringul, scontul etc.) şi credite bancare caracterizate prin punerea fondurilor la dispoziţia unui terţ şi rambursarea acestora de către client (creditele bancare prin semnătură: fideiusiunea, avalul, scrisoarea de garanţie bancară etc.).

Susţinerea pe care o asigură banca prin acordarea finanţării are caracter oneros. Banca percepe o remuneraţie, de regulă sub forma unei dobânzi, la care pot fi adăugate comisioane. Întotdeauna remunerarea băncii este realizată de client. Acesta plăteşte

[60] F. Ost, *Temps et contrat. Critique du pacte faustien*, în *La relativité du contrat. Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, Paris, 2000, p. 137.

[61] T. Bonneau, *op. cit.*, p. 48.

băncii dobânzi fie pentru întreaga sumă de bani care face obiectul angajamentului băncii de a pune la dispoziție fonduri şi pentru întreaga perioadă contractuală (ca în cazul creditului clasic pentru investiții sau pentru consum), fie proporțional cu suma de bani avansată efectiv şi cu intervalul de timp în care fondurile au fost utilizate (ca în situația liniei de credit sau a scrisorii de garanție bancară). În acest din urmă caz, dobânzii îi va fi adăugat un comision de neutilizare a acelor fonduri cu privire la care banca şi-a asumat angajamentul de a le pune la dispoziție, dar care nu au fost avansate efectiv.

Într-o definire sintetică, creditul bancar reprezintă angajamentul băncii de punere la dispoziție a fondurilor, în schimbul obligației clientului de rambursare a acestora şi de remunerare a băncii.

Calificarea unei operațiuni ca fiind un credit bancar conduce la concluzia că respectivei operațiuni îi este aplicabil dreptul special al contractului de credit bancar, respectiv toate dispozițiile legale care reglementează încheierea şi efectele acestui contract, precum şi consecințele nerespectării obligațiilor contractuale, inclusiv cele privind executarea silită a contractului în cazul nerambursării de către client a creditului.

**12. Concluzii.** Absența din noul Cod civil şi din dreptul bancar pozitiv a unei definiții normative generale a contractului de credit bancar face necesară identificarea şi sintetizarea elementelor comune operațiunilor de creditare bancară. Creditul apare ca un concept juridic generic, neomogen din perspectivă tehnică. Creditării bancare, ca gen contractual, i se subsumează mecanisme juridice diverse, manifestate prin diferitele specii de credit. Originalitatea operațiunilor de creditare bancară este una aparentă. În realitate, creditarea este bazată pe instrumente juridice clasice, cum sunt împrumutul, cesiunea de creanță sau garanțiile, reinterpretate şi reconfigurate pentru a servi scopurilor operațiunilor de finanțare. Aceste operațiuni dobândesc dimensiunea de credit bancar şi devin forme speciale ale creditului bancar în măsura în care se subsumează unor elemente comune: angajamentul băncii de punere la dispoziție a fondurilor, rambursarea acestora şi remunerarea băncii.

# RĂSPUNDEREA INSTITUȚIILOR DE CREDIT ÎN CADRUL CONTRACTULUI DE CREDIT BANCAR

*Dr. Ianfred SILBERSTEIN*
*Banca Națională a României*

***Abstract:*** *This study analyses the liability of the credit institutions in relation with the loan agreement, both from the perspective of the general law on civil liability and from that of the peculiarities of the bank-client relationship: the role of banking prudential supervision, the characteristics of the precontractual, contractual and postcontractual liabilty, the relationship between the credit institution and its agents, the specific nature of adhesion contract of the bank loan agreement.*

***Keywords:*** *credit institution, bank loan, adhesion contract, contractual liability; delictual liability*

***Rezumat:*** *Studiul analizează răspunderea instituțiilor de credit în cadrul contractului de credit bancar, atât din perspectiva dreptului comun al răspunderii civile, cât și din cea a particularităților pe care relația bancă-client le presupune: rolul supravegherii prudențiale bancare, caracteristicile răspunderii precontractuale, contractuale și postcontractuale, relația instituției de credit cu prepușii săi, caracterul de contract de adeziune al contractului de credit bancar.*

***Termeni-cheie:*** *instituție de credit, credit bancar, contract de adeziune, răspundere contractuală; răspundere delictuală*

Tema răspunderii instituțiilor de credit în cadrul contractului de credit bancar prezintă un interes deosebit în activitatea bancară și trebuie analizată din mai multe perspective, ținând seama de consecințele juridice pe care le implică.

**1. Instituția de credit – instituția prin care se realizează activitatea bancară**

Activitatea bancară este definită în art. 7 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului ca fiind activitatea ce constă în atragerea de depozite sau alte fonduri rambursabile de la public și acordarea de credite în cont propriu. Din această definiție rezultă cu claritate că acordarea de credite constituie o activitate esențială, definitorie, pe care, în raport de prevederile art. 18 alin. (1) lit. b) din același act normativ, o desfășoară, în limita autorizației acordate, orice instituție de credit.

Analiza actului normativ citat, care reglementează activitatea oricărei instituții de credit din România, ne relevă prevederi legale care circumstanțiază această activitate, precum și felul în care instituțiile de credit o realizează sub supravegherea prudențială a autorității în materie, Banca Națională a României.

Prevederea de la art. 18 alin. (1) lit. b) arată că activitatea de acordare de credite se referă la toate tipurile de credit, dintre care legiuitorul exemplifică câteva, și anume: creditele de consum, creditele ipotecare, factoring, cu sau fără regres, finanțarea tranzacțiilor comerciale, inclusiv forfetare. Această înșiruire are caracter exemplificativ, deoarece textul de lege utilizează formularea „incluzând printre altele", ceea ce denotă că acestea sunt numai unele forme de creditare și nicidecum că aceste forme sunt limitative. Ca atare, orice instituție de credit are libertatea de a diversifica sfera activității de creditare prin intermediul reglementărilor proprii care stau la baza viitoarelor contracte de credit încheiate cu clienții săi. De altfel, aceste reglementări, în concordanță cu prevederile art. 105 din aceeași ordonanță de urgență, se transmit Băncii Naționale a României, în condițiile prevăzute de reglementările acesteia. Transmiterea acestora către autoritatea de supraveghere prudențială este determinată de cerințele înscrise în art. 101 din aceeași reglementare, care la alin. (2) obligă instituțiile de credit „să-și organizeze întreaga activitate în conformitate cu regulile unei practici bancare prudente și sănătoase, cu cerințele legii și ale reglementărilor emise în aplicarea acesteia". Referirea legiuitorului la „întreaga activitate"

include implicit şi activitatea de creditare, care ține de esența activității bancare desfăşurate de orice instituție de credit. În acelaşi timp, „regulile unei practici bancare prudente şi sănătoase" se referă inclusiv la acordarea de credite în concordanță cu această cerință, care implică modul de redactare a contractului de credit, ca şi a ofertei lansate în acest scop, negocierea contractului între părțile semnatare, precum şi urmărirea executării acestuia de părți, pe aceleaşi principii.

La rândul său, activitatea de supraveghere bancară va include analiza reglementării transmise de instituția de credit tocmai din perspectiva şi pentru realizarea finalității prevederilor legale în materie. De altfel, tocmai o asemenea reglementare va constitui şi unul dintre modurile de analiză şi apreciere a activității desfăşurate de instituția de credit respectivă, cu ocazia derulării acțiunii periodice de supraveghere la aceasta. Dacă echipa de supraveghetori nu este chemată să verifice fiecare contract de credit încheiat de instituția de credit în parte, ea trebuie să analizeze concordanța acestor contracte atât cu reglementările sale, care constituie izvor de drept pentru instituția de credit, cât şi cu reglementarea proprie a acesteia, care reprezintă temeiul contractului dintre părți. Ceea ce este de reținut în privința rolului autorității de supraveghere bancară este că aceasta nu are calitatea de a soluționa sesizări ale clienților în ceea ce priveşte contractul de credit pe care aceştia şi l-au însuşit când l-au semnat ori privind modul de derulare a relațiilor contractuale dintre părți, dar, în acelaşi timp, autoritatea este interesată şi, totodată, abilitată să urmărească, pentru cerințe de prudențialitate, inclusiv pentru soliditatea şi viabilitatea instituției de credit în cauză, consecințele pe care le implică încheierea şi derularea contractelor de credit cu clienții pentru prezentul şi viitorul respectivei instituții de credit. În acest context, al răspunderii pe care o poate atrage cu privire la instituția de credit, orice contract de credit pe care aceasta l-a încheiat cu clienții săi este important prin consecințele prezente şi viitoare pe care le-ar implica atât asupra imaginii acesteia, cât şi asupra urmărilor cu caracter economic care ar putea afecta stabilitatea acelei instituții.

## 2. Răspunderea civilă şi formele ei de manifestare

Doctrina de specialitate a definit răspunderea civilă ca „formă a răspunderii juridice, reprezentând raportul de obligație în temeiul căruia cel care a păgubit pe altul este ținut să repare prejudiciul suferit de victimă"[1]. Răspunderea civilă poate fi contractuală sau extracontractuală, respectiv delictuală. În acest sens, se arată că: „Dacă răspunderea civilă contractuală rezultă din respectarea clauzelor unei convenții (prejudiciul creat fiind consecința acestei neexecutări), responsabilitatea civilă delictuală (extracontractuală) este urmarea prejudiciului creat printr-un fapt ilicit, în afara existenței oricărei legături juridice preexistente între victimă şi autor. Aşadar, răspunderea civilă delictuală apare ca o sancțiune prevăzută de o regulă generală, în vreme ce răspunderea civilă contractuală constituie o aplicațiune a regulii răspunderii civile într-o ipoteză calificată, şi anume aceea a unui prejudiciu care rezultă din neîndeplinirea unei obligații contractuale preexistente"[2].

Actualul Cod civil reglementează detaliat cele două forme de răspundere civilă. Astfel, răspunderea delictuală este definită în cuprinsul art. 1.349, conform căruia „orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune şi să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane" şi, în consecință „cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral". În legătură cu răspunderea contractuală, art. 1.350 din cod arată că „orice persoană trebuie să îşi execute obligațiile pe care le-a contractat", iar „atunci când, fără justificare, nu-şi îndeplineşte această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți şi este obligată să repare acest prejudiciu, în condițiile legii". Alin. (3) al aceluiaşi articol conține o dispoziție imperativă, care nu poate fi eludată de părțile contractante, ci poate fi modificată numai prin lege, şi

---

[1] Mircea Costin în M. Costin, M. Mureşan, V. Ursa, *Dicționar de drept civil*, Ed. Științifică şi Enciclopedică Bucureşti, 1980, p. 423.

[2] Ion M. Anghel în I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, *Răspunderea civilă*, Ed. Științifică, Bucureşti, 1970, p. 31.

anume: „Dacă prin lege nu se prevede altfel, niciuna dintre părți nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile".

Pornind de la dispozițiile clare ale alin. (1) din art. 1.350, se poate observa că, în cazul răspunderii contractuale, întinderea unei obligații se stabileşte pe baza clauzelor contractului, prin care părțile pot conveni să mărească sau să restrângă cuantumul despăgubirilor. Totodată, în cadrul unui contract, părțile pot stipula – pentru ipoteza nerespectării obligațiilor asumate – sancțiuni, diferite de cele de la răspunderea civilă delictuală, cum ar fi clauzele penale[3].

Având în vedere că tema supusă analizei se referă la răspunderea instituției de credit în cadrul contractului de credit, atenția se va îndrepta către răspunderea contractuală pe care orice instituție de credit şi-o asumă implicit şi explicit prin contractul de credit bancar pe care l-a încheiat în mod valabil.

### 3. Răspunderea contractuală pentru instituția de credit – parte a contractului de credit

Încheierea oricărui contract trebuie, *ab initio*, să țină seama de principiile în materie cuprinse de legislația în vigoare. În secțiunea referitoare la dispozițiile generale în materia contractului, Codul civil îl defineşte, la art. 1.166, ca fiind „acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic". De aceea, contractul de credit bancar este, de principiu, încheiat de instituția de credit în scopul reglementării relațiilor sale cu un anumit client în vederea acordării unui credit, în concordanță cu reglementările sale proprii, şi pentru rambursarea acestuia, astfel încât să se realizeze scopurile instituției, în concordanță cu reglementările legale în materie.

Contractul de credit, fiind un act al instituției de credit, va ține seama de prevederile cuprinse în cap. I din titlul II – *Cerințe operaționale* al O.U.G. nr. 99/2006. În acest act, instituția de

[3] M. Costin, *op. cit.*, p. 424.

credit se va identifica printr-un minim de date (art. 103) şi va semna contractul prin persoanele care o angajează conform actului constitutiv ori prin împuterniciții acestora, în conformitate cu legislația aplicabilă.

Conform art. 1.169 C. civ., părțile sunt libere să încheie orice contracte şi să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică şi de bunele moravuri.

Ca atare, părțile trebuie să aibă grijă ca acel contract să beneficieze de clauzele necesare pentru a asigura o executare corectă şi întocmai a acestuia, pentru a se evita atât neexecutarea sau executarea necorespunzătoare, dar şi litigii ori cheltuieli nejustificate pentru părți. O altă cerință principială instituită de lege este cea a bunei-credințe, consacrate de art. 1.170 C. civ., potrivit căruia „părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea şi încheierea contractului, cât şi pe tot timpul executării sale", legiuitorul adăugând în mod expres că părțile „nu pot înlătura sau limita această obligație". Numai respectarea cu strictețe a acestor obligații legale ar fi suficientă pentru ca părțile să fie apărate de eventuala răspundere contractuală atrasă pentru încălcarea clauzelor contractuale. Instituția de credit, în calitate de instituție specializată în acordarea de credite, se presupune că este în cunoştință de cauză atunci când negociază un contract de credit şi urmează a-l pune în executare, ceea ce ar îndreptăți-o să preîntâmpine crearea unei situații care să-i atragă răspunderea contractuală. În acelaşi sens conduce şi considerentul că, de principiu, contractul de credit bancar este un contract de adeziune, care este conceput de instituția de credit şi care este prezentat spre acceptare clientului, după negocierea unor aspecte concrete relative la unele clauze aplicabile în raporturile cu respectivul client. Tot spre concluzia evitării unei ulterioare răspunderi contractuale din partea instituției de credit conduce faptul că acel contract este negociat de personalul specializat (economişti şi jurişti) al acelei instituții, care activează în mod constant în acest domeniu, deține cunoştințele necesare, teoretice şi practice cu privire la contractele de credit bancar şi are dexteritatea negocierii clauzelor specifice ale unor asemenea contracte.

Răspunderea contractuală a instituției de credit poate rezulta atât obiectiv, din modul în care a fost conceput contractul de credit bancar, care, fie din modul de redactare a unor clauze, fie din conținutul acestora, poate genera consecințe ale neexecutării sau executării necorespunzătoare a obligațiilor asumate, cât și subiectiv, din nerespectarea drepturilor clientului în cauză, atrăgând efectele determinate de atragerea acestei forme de răspundere.

În literatura de specialitate se arată că întinderea răspunderii contractuale a unei instituții de credit depinde de conținutul obligațiilor decurgând din fiecare tip de operațiune, îmbogățit de îndatoririle profesionale generale pe care le are o asemenea instituție[4]. În ceea ce privește aspectul îndatoririlor profesionale generale, autorii francezi reliefează misiunea Comisiei Bancare – instituția menită să asigure supravegherea bancară – care veghează la respectarea de către instituțiile de credit a regulilor de bună conduită ale profesiei[5]. Se menționează că multe asemenea instituții au luat măsuri interne pentru a asigura observarea principiilor de comportament care se impun profesiei, scop în care au fost nominalizați specialiști în deontologie bancară, care să răspundă acestui obiectiv. Titularul acestei funcții poate nu numai să asigure ca îndatoririle profesionale să fie respectate, dar și să ajute responsabilii să elaboreze reguli de conduită precise.

Revenind la tratarea aspectelor responsabilității contractuale, autorii francezi citați semnalează faptul că sunt foarte frecvente clauzele de exonerare de răspundere, care sunt inserate în contracte, fiind constatate în scris, în condiții generale sau sub formă de clauze incluse în documentele remise clientului. Se face constatarea că în asemenea clauze nu este întotdeauna ușor de a distinge dispozițiile care suprimă o obligație de acelea care aduc numai o exonerare de responsabilitate în caz de neexecutare[6]. În ambele cazuri, eficacitatea este subordonată cunoașterii stipulației de către client și acceptării acesteia, cel puțin tacite. Adâncind analiza,

[4] C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 5e éd., Litec, Groupe Lexis Nexis, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2002, p. 141.

[5] *Ibidem*, pp. 123 și 124.

[6] *Ibidem*, p. 141.

autorii arată că efectul clauzei de exonerare nu este absolut, iar dacă responsabilitatea este suprimată în cazul greşelilor uşoare, în cazul celor grave clauza are ca singur efect, acela de a-i stabili clientului sarcina probatorie. Analiza din doctrina în cauză evidențiază că, atunci când este invocată o culpă contractuală, faptul că autorul acesteia este un prepus nu are nicio importanță, deoarece instituția de credit contractantă este cea obligată şi, de aceea, ea răspunde pentru neexecutare. O situație mai delicată o constituie abuzul de funcție – tratat în aceeaşi secțiune a lucrării citate[7] – care priveşte relațiile personale dintre prepus şi comitent, dar care trebuie luate în considerare ținând seama de faptul că ne aflăm în prezența unor instituții în care relațiile de încredere între prepuşii acesteia şi clientelă sunt esențiale pentru buna desfăşurare a activității bancare. Prepusul nu este personal responsabil față de terți când acesta se manifestă în limitele funcției sale. În general calitatea de prepus a autorului prejudiciului nu este discutabilă, dificultatea apărând în legătură cu funcțiile de care depinde responsabilitatea comitentului. Pentru ca răspunderea bancară să fie angajată, trebuie ca solicitantul să se fi adresat prepusului în cadrul funcțiilor acestuia desfăşurate în incinta sediului de bancă. Răspunderea bancară este angajată când este demonstrată culpa în supravegherea prepusului.

Pornind de la aceste considerații teoretice, se poate afirma că tema responsabilității bancare se caracterizează prin amplitudinea şi diversitatea sa, iar cum activitatea de creditare este o activitate esențială pentru instituțiile de credit, dezbaterea subiectului propus nu poate fi decât limitată în cadrul unei analize cum este cea de față, căci, fără a greşi, consider că tema justifică un studiu cel puțin de amploarea unui volum. Invocând principiile cu caracter general în materia contractelor – libertatea de a contracta şi buna-credință – se impune analizarea răspunderii băncii din perspectiva relației contractuale care face obiectul contractului de credit bancar. Încă din momentul începerii negocierii între părțile acestui contract, se ridică problema scopului urmărit de fiecare

[7] *Ibidem*, pp. 142 şi 143.

contractant: clientul – obținerea unui credit necesar satisfacerii nevoii sale; instituția de credit – acordarea acestuia ca modalitate de realizare a activității sale. În realizarea scopului, clientul ia cunoștință de oferta băncii și, în raport de aceasta, desfășoară negocierea cu instituția de credit, negociere care este guvernată de cele două principii enunțate și în cadrul căreia sunt discutate clauzele contractuale, clientul putând solicita lămuriri cu privire la fiecare formulare din contract, pentru a înțelege condițiile pe care le implică obținerea creditului. La rândul său, prepușii instituției de credit vor analiza actele puse la dispoziție de către client, în acord cu cerințele stabilite prin reglementarea Băncii Naționale a României și cea proprie de cunoaștere a clientului. Numai după însușirea tuturor acestor aspecte se va ajunge la încheierea contractului de credit, care trebuie să cuprindă toate clauzele necesare pentru o derulare adecvată a acestuia și care să preîntâmpine eventuale neînțelegeri sau litigii care atrag răspunderea părților. Formularea cât mai clară a tuturor clauzelor și descrierea amănunțită a obligațiilor părților au menirea de a asigura derularea în cele mai bune condiții a contractului. Orice încălcare a clauzelor contractuale din partea oricărui contractant atrage răspunderea acestuia, conform legii, a altor reglementări în materie și a clauzelor convenite de părți.

În cazul în care instituția de credit încalcă clauzele contractuale și, din culpa sa, are loc neexecutarea sau executarea necorespunzătoare ori cu întârziere a obligațiilor asumate, cocontractantul poate acționa, în condițiile legii și în virtutea contractului încheiat între părți, pentru a determina atragerea răspunderii instituției de credit.

Răspunderea este contractuală, deoarece premisa ei o constituie existența unei obligații contractuale, spre deosebire de natura răspunderii în perioada precontractuală și în cea postcontractuală, când răspunderea nu poate fi decât delictuală. Această delimitare rezultă cu claritate și din textul alin. (1) al art. 1.350 C. civ., conform căruia „orice persoană trebuie să-și execute obligațiile pe care le-a contractat". Din formularea textului se poate constata că persoana în cauză devine subiect al răspunderii

contractuale tocmai ca urmare a faptului că această răspundere se angajează în legătură cu executarea obligațiilor pe care el însuşi, anterior acestui moment, le-a contractat. În cazul nostru, instituția de credit are de executat întocmai şi la termen obligațiile pe care le-a contractat prin contractul de credit bancar. Totodată, implicit, pentru a se pune la adăpost de eventuala răspundere ce i-ar putea fi atrasă din clauzele contractului încheiat, instituția de credit trebuie să se preocupe să-şi asigure o structură de personal pregătită adecvat, atât în cunoaşterea reglementărilor generale şi speciale, cât şi în negocierea contractului şi inserarea în cuprinsul acestuia a clauzelor pertinente care să ducă la evitarea atragerii ulterioare a răspunderii, deoarece instituția de credit nu s-ar putea prevala de culpa propriilor prepuşi de a nu cunoaşte reglementările în materie sau de a nu-şi fi îndeplinit cu conştiinciozitate sarcinile de serviciu. În acelaşi timp, şi clientul trebuie să fie preocupat în luarea la cunoştință a aspectelor juridice legate de contractare, inclusiv a celor legate de reglementările proprii ale cocontractantului său sau de calitatea de reprezentant legal al instituției în cazul persoanelor care semnează contractul în numele acesteia.

Aşa cum se arată în doctrină, răspunderea precontractuală şi cea postcontractuală nu poate avea caracter contractual, deoarece o atare răspundere se poate naşte numai din momentul în care a intervenit un acord de voințe şi sfârşeşte când contractul a dispărut, când forța sa a încetat[8]. În mod practic, o asemenea problemă se pune în cazul refuzului culpabil de a contracta, în cazul retragerii intempestive a ofertei în absența unui antecontract sau în caz de dol sau alte vicii de consimțământ. De aceea, pentru a fi în prezența unei răspunderi contractuale, este necesară existența contractului. Ținând seama de temeiul juridic care este contractul de credit bancar, obligația contractuală ce trebuie executată în condițiile contractate determină cele trei forme care intră sub incidența răspunderii contractuale, şi anume neexecutarea, executarea necorespunzătoare ori executarea cu întârziere a

[8] A se vedea, în acest sens, I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, *op. cit.*, p. 317.

obligației, care, fiecare în parte, poate crea un prejudiciu contractantului. Dar răspunderea contractuală poate fi antrenată și în absența oricărui prejudiciu, cum ar fi în situația în care, printr-o clauză penală, s-au fixat cu anticipație sumele ce se vor datora în caz de neexecutare a contractului[9].

Prin alin. (2) al art. 1.350 C. civ., subsecvent cerinței de executare a obligațiilor contractate, legiuitorul prevede, principial, că neîndeplinirea obligației, fără justificare, atrage răspunderea pentru prejudiciul cauzat celeilalte părți și impune părții în cauză obligația reparării prejudiciului, în condițiile legii. Din textul de lege ar rezulta că legiuitorul sancționează neîndeplinirea unei obligații care are loc „fără justificare", or justificarea nu poate fi aflată decât în cauzele exoneratoare de răspundere reglementate de art. 1.351-1.356 C. civ. Astfel, cu excepția cazului în care legea prevede altfel sau părțile convin contrariul, răspunderea este înlăturată atunci când prejudiciul este cauzat de forță majoră sau de cazul fortuit. Condiția semnalată are menirea să impună un regim mult mai restrictiv, prin voința legiuitorului sau a părților contractante, care ar putea restricționa posibilitatea înlăturării răspunderii contractuale dincolo de textele legale principiale la care ne referim.

Stabilirea de principiu, prin lege, a unor cauze exoneratoare de răspundere oferă o tratare obiectivă a unor situații care, în concepția legiuitorului, justifică înlăturarea răspunderii pentru partea contractantă care nu-și execută obligația cuprinsă în contract. Forța majoră este definită în alin. (2) al art. 1.351 C. civ. ca fiind „orice eveniment extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil", iar alin. (3) din același articol prevede „cazul fortuit este un eveniment care nu poate fi prevăzut și nici împiedicat de către cel care ar fi fost chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs". După cum se arată în doctrină, evenimentul de forță majoră trebuie să aibă o origine exterioară, să provină din afara persoanei sau a sferei de activitate a debitorului. De cele mai multe ori, el este un fenomen natural (cutremur, inundație etc.) sau unul

[9] I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, *op. cit.*, p. 321.

social (război, grevă etc.)[10]. Acest eveniment trebuie să fi fost imprevizibil în momentul încheierii contractului şi inevitabil, de neînlăturat sau de neînvins. Asemenea trăsături se apreciază *in abstracto*, în raport cu posibilitățile de prevedere şi de acțiune ale unei persoane care depune toată grija şi diligența în îndeplinirea obligațiilor sale. Evenimentul de forță majoră trebuie să împiedice în mod obiectiv executarea obligației. Este evidențiat faptul că imposibilitatea de executare care constituie situația de forță majoră trebuie să fie absolută, să existe față de orice altă persoană care s-ar fi aflat în locul debitorului. Situația în cauză trebuie să fie neimputabilă debitorului, deoarece, dacă debitorul s-a pus singur, prin propria sa culpă, în imposibilitate de executare, dacă el n-a luat măsurile care ar fi putut duce la evitarea acesteia, nu va putea fi exonerat de răspundere. În concluzie, caracterul neimputabil al imposibilității de executare constituie trăsătura esențială a forței majore şi, în acelaşi timp, fundamentul efectului ei exonerator de răspundere. La rândul său, cazul fortuit trebuie să se demonstreze a fi de natură să împiedice, în mod obiectiv şi fără nicio culpă din partea debitorului, executarea obligației justificând exonerarea lui de răspundere[11].

O altă cauză exoneratoare de răspundere reglementată în art. 1.352 C. civ. se referă la fapta victimei sau a terțului, arătându-se că acestea înlătură răspunderea, chiar dacă nu au caracteristicile forței majore, ci doar pe cele ale cazului fortuit, numai în cazurile în care, potrivit legii sau convenției părților, cazul fortuit este exonerator de răspundere. Fapta victimei este definită ca un act de conduită, ilicit sau culpabil, al persoanei prejudiciate, care, din punct de vedere cauzal, determină sau favorizează producerea pagubei, iar din punct de vedere juridic îl exonerează de răspundere pe pârât sau conduce la împărțirea acesteia între pârât şi reclamant. Pentru a produce efecte asupra răspunderii pârâtului, fapta trebuie să fie ilicită, săvârşită din culpă, şi neprovocată de pârât. Dacă aceste condiții sunt îndeplinite, victima este decăzută parțial din dreptul de a i se repara

[10] Mircea Mureşan, în M. Costin, M. Mureşan, V. Ursa, *op. cit.*, pp. 256 şi 257.
[11] *Ibidem*, pp. 74 şi 75.

prejudiciul suferit, reparația datorată de pârât fiind diminuată corespunzător. Fapta unui terț constituie actul de conduită al unei persoane, alta decât reclamantul sau pârâtul, care, determinând sau favorizând sub aspect cauzal producerea pagubei, înlătură total sau atenuează răspunderea celui obligat să repare. Fapta unui terț îl exonerează de răspundere pe pârât numai dacă este imprevizibilă şi irezistibilă, pârâtul fiind considerat în culpă dacă trebuia s-o prevadă şi n-a prevăzut-o sau dacă putea să o evite şi nu a evitat-o.

Art. 1.353 C. civ. include în rândul cauzelor exoneratoare de răspundere exercițiul drepturilor, arătând că „cel care cauzează un prejudiciu prin chiar exercițiul drepturilor sale nu este obligat să îl repare, cu excepția cazului în care dreptul este exercitat abuziv". Exercițiul normal al unui drept subiectiv este văzut ca exercitarea dreptului subiectiv de către titular în scopul satisfacerii intereselor sale personale, potrivit legii, deoarece acest drept îi asigură titularului o sferă de libertate în limitele căreia faptele sale nu-i angajează răspunderea. Paguba pricinuită în acest caz nu este supusă reparării, deoarece fapta săvârşită într-un astfel de caz nu este ilicită.

Din actuala reglementare a materiei în Codul civil, trebuie reținute prevederile exprese precum cea din alin. (3) al art. 1.350, conform căreia „dacă prin lege nu se prevede altfel, niciuna dintre părți nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile", sau cea din alin. (1) al art. 1.356, care stabileşte că „un anunț care exclude sau limitează răspunderea contractuală, indiferent dacă este adus ori nu la cunoştința publicului, nu are niciun efect, decât dacă acela care îl invocă face dovada că cel prejudiciat cunoştea existența anunțului la momentul încheierii contractului". Asemenea prevederi imperative ale legii vin în susținerea ideii că orice nerespectare a obligațiilor asumate contractual trebuie să atragă răspunderea acelei părți față de cocontractant.

Cu atât mai mult, în cadrul activității desfăşurate de instituțiile de credit, în raport cu care există şi prevederi legale menite să protejeze clienții consumatori față de clauzele abuzive, precum

şi instituții care să vegheze la respectarea unor astfel de prevederi de încălcările de care s-ar face responsabile băncile, se impune ca elaborarea şi urmărirea derulării contractelor de credit bancar să aibă în vedere clauze care să preîntâmpine fapte care ar atrage răspunderea contractuală. De altfel, este în interesul instituțiilor de credit, atât sub aspectul imaginii şi încrederii de care trebuie să se bucure în rândul clientelei, cât şi al preîntâmpinării eventualelor costuri determinate de răspunderea contractuală care le poate fi atrasă în urma unor litigii de asemenea natură.

Problema răspunderii contractuale în activitatea bancară şi, mai ales, în domeniul contractelor de credit bancar, trebuie să constituie o preocupare permanentă a instituțiilor de credit, problemă care se soluționează prin bună-credință şi profesionalism şi în care un rol deloc neglijabil îl pot avea consilierii juridici ai acestora, care trebuie să fie factori de încredere în preîntâmpinarea atragerii răspunderii contractuale în activitatea de creditare bancară.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITARĂ

# CARACTERUL ONEROS AL CONTRACTULUI DE IPOTECĂ

*Dr. Radu RIZOIU*
*Avocat, Rizoiu & Asociații*

*Motto:*
*– Dacă se va dovedi (...) demn de încrederea noastră,*
*va fi desigur marea noastră plăcere*
*să-i împrumutăm oricât îi este de ajutor. (...)*
*– Dar va exista un preț. (...)*
*– Întotdeauna există un preț, nu-i așa?*[1]

***Abstract:*** *The mortgage contract is one of the main drivers of loan. Loan granting always involves a price, as well as the access to credit. For the debtor, receiving the loan represents an asset value in itself, worthy of a counter-performance. In most cases, such counter-performance is the establishment of a mortgage by entering into the mortgage contract, which thus becomes an onerous commutative contract.*

***Keywords:*** *mortgage contract, credit contract, onerous contract, commutative contract*

***Rezumat:*** *Contractul de ipotecă reprezintă unul dintre principalele motoare ale creditului. Întotdeauna acordarea de împrumuturi presupune un preț, ca și accesul la creditare. Pentru debitor, primirea creditului reprezintă o valoare patrimonială în sine, pentru care merită să ofere o contraprestație. De cele mai multe ori, acea contraprestație o reprezintă constituirea unei ipoteci prin încheierea contractului de ipotecă, care devine astfel un contract cu titlu oneros, comutativ.*

***Termeni-cheie:*** *contract de ipotecă, contract de credit, contract cu titlu oneros, contract comutativ*

[1] G.R.R. Martin, *Dansul dragonilor*, Ed. Nemira, București, 2011, pp. 786 și 787.

## 1. Generalități

Între jaloanele trasate de specificitatea ipotecii, contractul de ipotecă trebuie distins de dreptul real al cărui izvor este, chiar dacă în limbajul curent noțiunea de ipotecă include ambele sensuri. Având o natură convențională, contractul de ipotecă este de multe ori asezonat cu clauze care nu țin de esența dreptului real de ipotecă, ci vizează reglementarea raporturilor juridice complexe dintre părți într-un mod adaptat operațiunii avute în vedere. Acest conținut „impur" al contractului de ipotecă nu trebuie să înșele cu privire la caracterele sale juridice. Practica a demonstrat că impunerea unor șabloane fixe pentru conținutul contractului de ipotecă este nerealistă[2].

Caracterele juridice ale contractului de ipotecă derivă din dispozițiile legale referitoare la acest contract. Deși tributare unei analize teoretice și, de multe ori, didacticiste[3], caracterele juridice oferă răspunsul la multe dintre problemele ridicate în practică. Vom încerca în continuare să prezentăm o analiză a caracterului oneros al contractului de ipotecă, relevând consecințele practice importante pe care această calificare scolastică le produce.

---

[2] Două exemple sunt concludente. În Titlul VI al Legii nr. 99/1999 se indica textul clar al unei clauze pe care părțile trebuiau să o insereze în contract *tale quale* dacă doreau beneficiul procedurii de luare pașnică în posesie. Formalismul excesiv al clauzei conducea la situații hilare în care textul în cauză oferea o formatare inestetică în pagină, iar forma fixă îl făcea greu comprehensibil în cadrul contractual. Nu de puține ori, părțile preferau să reproducă atât clauza fixă, cât și una în care să expliciteze sensul termenilor în contextul terminologiei contractuale. Pentru o discuție a acestor dificultăți, a se vedea R. Rizoiu, *Garanțiile reale mobiliare. Legislație comentată și adnotată*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, pp. 120-122 (citată în continuare *„Comentariu..."*). Printr-o modificare prost înțeleasă adusă în anul 2003, s-a impus părților să indice în contract „suma maximă a obligației garantate", ceea ce a condus la situații în care părțile menționau sume astronomice pentru a fi siguri că nu își știrbesc drepturile. Ambele situații au fost remediate de reglementarea cuprinsă în noul Cod civil, rămânând ca și practica să se adapteze noilor realități normative. Pentru analiza situației anterioare, a se vedea R. Rizoiu, *Comentariu..., cit. supra*, pp. 325-327.

[3] Cu privire la criteriile avute în vedere în analiza caracterelor juridice ale contractului, a se vedea C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 22.

## 2. Introducere

Unul dintre caracterele mai puțin discutate ale contractului de ipotecă priveşte natura sa oneroasă sau gratuită. Deşi a analizat în detaliu controversele privind natura oneroasă sau gratuită a garanțiilor personale, cu câteva excepții[4], doctrina a preferat să omită[5] această analiză în cazul garanțiilor reale[6].

Legea nu oferă un text special care să răspundă la această problemă. Pot fi însă utilizate dispozițiile care consacră afectarea ipotecii la executarea unei obligații (art. 2.343 C. civ.), cele care menționează caracterul accesoriu al ipotecii (art. 2.344 C. civ.) sau cele care enumeră elementele esențiale ale contractului de ipotecă (art. 2.372 C. civ.).

Problema a (re)venit în atenția doctrinei după ce au existat unele opinii jurisprudențiale[7] care au calificat ipoteca drept un act cu titlu gratuit. Chiar şi doctrina recentă[8] bazată pe dispozițiile noului Cod civil a reiterat ideea caracterului gratuit al ipotecii. Această calificare a fost utilizată cu un scop limitat, dar efectele sale pot fi mult mai largi. Prin urmare, considerăm că analiza caracterului oneros sau gratuit al contractului de ipotecă merită o analiză specială.

---

[4] Unii autori au încercat o tratare detaliată a temei. A se vedea I. Dogaru (coord.), *Drept civil. Teoria generală a actelor cu titlu gratuit*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, pp. 588-597, unde se analizează caracterul de act dezinteresat al contractului de gaj, reglementat de Codul civil de la 1864. Alții au preferat doar să afirme caracterul oneros al contractului. A se vedea: A.-M. Găină, *Garanțiile reale mobiliare de executare a obligațiilor civile şi comerciale*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 140; F. Ciutacu, *Garanțiile de executare a obligațiilor. Garanțiile personale şi garanțiile reale*, Ed. Themis Cart, Slatina, 2006, p. 472.

[5] Nici chiar lucrările dedicate analizei contractului de garanție reală (ipotecă) mobiliară nu menționează acest criteriu. Pentru „proba negativă", a se vedea: J. Teves, *Contractul de garanție reală mobiliară*, în Juridica nr. 8/2000, p. 292; L. Mocanu, *Garanțiile reale mobiliare*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2004, pp. 60-64; E. Poenaru, *Garanțiile reale mobiliare*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2004, pp. 110-115.

[6] A se vedea J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, în J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ, Paris, 1996, p. 258.

[7] A se vedea *Curtea de Apel Timişoara, secția civilă, decizia nr. 570 din 1 iunie 2009*, disponibilă la adresa www.jurisprudenta.org, JURINDEX20105911849.

[8] A se vedea P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 163.

Analiza de față pornește de la o speță rezolvată relativ recent (dar înainte de intrarea în vigoare a noului Cod civil) de către Curtea de Apel Timişoara[9]. Speța reprezintă doar un studiu de caz, iar nu o aplicare concretă a unei legi noi la o situație de fapt veche. De fapt, legea nu a suferit modificări de principiu în această materie. Cu toate acestea, exact în situațiile pe care speța le evocă noul Cod civil a introdus un text special care să clarifice problema punctuală [art. 901 alin. (3) C. civ.]. Prin urmare, vom folosi raționamentul instanței doar pentru a extrapola consecințele unei afirmații hazardate. Probabil că, în speță, instanța a dorit să pronunțe o hotărâre echitabilă, dar raționamentul utilizat s-a bazat pe o prezumție eronată şi periculoasă prin consecințele pe care le poate atrage.

Dar iată datele speței: „În data de 18 februarie 2004, pârâtul N.E. şi pârâtul E.E. au încheiat un contract de împrumut cu garanție imobiliară pentru suma de 30.500 dolari, instituindu-se în favoarea pârâtului N.E. o ipotecă şi o interdicție de înstrăinare şi grevare a apartamentului în litigiu, înscris în CF nr. 61829 T.

Printre modalitățile de stingere a ipotecii pe cale principală este înscrisă şi desființarea dreptului de proprietate al constituitorului, această modalitate de stingere a garanției dând aplicare principiului *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (anularea actului principal atrage şi anularea actului subsecvent).

În raport de această situație, în mod legal instanțele au înlăturat apărările pârâtului privind invocarea bunei-credințe, principiu ce se referă la contractele cu titlu oneros, în speță *contractul de ipotecă neavând un astfel de caracter* (s.n. – R.R.).

Întrucât prin decizia civilă nr. 1272/25 mai 2005 pronunțată de Curtea de Apel Timişoara în dosarul nr. 2752/C/2005, s-a constatat nulitatea absolută a contractului de vânzare-cumpărare încheiat între pârâtul E.E. şi N.E., această nulitate are efect *erga omnes*, mai puțin față de persoanele care pot invoca excepțiile de la principiile efectelor nulității.

---

[9] A se vedea *Curtea de Apel Timişoara, secția civilă, decizia nr. 570 din 1 iunie 2009*, disponibilă la adresa www.jurisprudenta.org, JURINDEX20105911849.

Nulitatea absolută a contractului de vânzare-cumpărare constatată prin hotărâre irevocabilă are ca efect desființarea retroactivă a acestuia, ca şi cum nu ar fi existat, consecința imediată fiind şi nulitatea absolută a contractului de ipotecă subsecvent încheiat între pârâții E.E. şi N.E."

Vom încerca în cele ce urmează să demonstrăm că (întotdeauna) contractul de ipotecă are un caracter oneros.

### 3. Raportul cu contractul de credit

Dreptul real de ipotecă este menit a asigura executarea unei obligații (art. 2.343 C. civ.). Contractul de ipotecă reprezintă izvorul dreptului real de ipotecă mobiliară (art. 2.387 C. civ.). Prin urmare, prin contractul de ipotecă, constituitorul dă naştere (transferă) unui drept real asupra propriului său patrimoniu. De cele mai multe ori, ipoteca este constituită pentru garantarea unui credit. Noțiunea de credit[10] trebuie, însă, privită într-un sens larg, drept orice obligație de plată a unei sume de bani sau a altor bunuri de gen afectată de un termen suspensiv (art. 2.167 C. civ.).

Orice tip de obligație poate fi garantată cu ipotecă (art. 2.369 C. civ.). La o privire mai atentă, însă, se observă că numai obligațiile patrimoniale (art. 31 C. civ.) pot constitui suportul ipotecii. Astfel, textul de deschidere al titlului XI din noul Cod civil stabileşte în mod programatic faptul că „garanțiile reale [sunt] destinate să asigure îndeplinirea unei obligații patrimoniale" (art. 2.323 C. civ.). O serie de texte întăresc această concluzie. De exemplu, contractul de ipotecă trebuie să menționeze o „sumă" [art. 2.372 alin. (1) C. civ.], deci o valoare care să fie atribuită obligației garantate. Apoi, ipoteca este constituită în anticiparea executării sale [art. 2.345 alin. (2) C. civ.] care nu se poate efectua decât pentru o creanță lichidă (art. 2.430 C. civ.), adică evaluabilă în bani, deci patrimonială. Nu în ultimul rând, în urma

[10] A se vedea P. de Lestapis, *La notion juridique de crédit. Étude de droit français*, Imprimerie Bière, Bordeaux, 1940, pp. 168-172.

executării, creditorul ipotecar primeşte o sumă de bani (art. 2.459 C. civ.) sau un bun (activ patrimonial) (art. 2.460 C. civ.) în vederea stingerii creanței ipotecare.

Atât gajul, cât şi ipoteca, fiind menite să asigure îndeplinirea unei obligații patrimoniale (art. 2.323 C. civ.), au fost mereu văzute ca având titlu oneros subînțeles[11]. Din păcate, această relație de simbioză (accesorialitate) dintre ipotecă şi obligația garantată a împiedicat o analiză mai aprofundată a caracterelor specifice contractului de ipotecă. Mai mult, natura dual a ipotecii (drept real şi raport contractual) a dat naştere unei analize sincretice a instituției, eclipsând de multe ori caracteristicile izvorâte din natura contractuală[12].

## 4. Raportul juridic relevant (cazul cauțiunii reale)

În configurația normativă impusă de noul Cod civil, ipoteca poate avea o structură clasică, implicând un creditor (ipotecar) şi un debitor (ipotecar), sau una tripartită, în care constituitorul ipotecii (garant ipotecar) este altă persoană decât debitorul obligației principale şi fiecare este diferit de persoana creditorului ipotecar (art. 2.366 C. civ.). Operațiunea tripartită poartă numele de cauțiune reală[13].

Datorită asemănărilor de structură cu garanția personală, cauțiunea reală a ridicat uneori problema caracterului gratuit[14], în ceea ce priveşte raportul dintre garantul ipotecar şi debitorul principal. Unii autori au operat în mod clar distincția dintre caracterul oneros al ipotecii propriu-zise şi caracterul gratuit al cau-

---

[11] A se vedea J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, în J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ, Paris, 1996, p. 258.

[12] A se vedea R. Rizoiu, *Ce este ipoteca mobiliară? (I). Despre dreptul real de garanție*, în Revista română de drept privat nr. 5/2011, pp. 256 şi 257 (citat în continuare *„Dreptul real de garanție"*).

[13] A se vedea R. Rizoiu, *Ipoteci mobiliare. Jurisprudență comentată cu trimiteri la noul Cod civil*, vol. II, *Caracterele juridice ale ipotecii mobiliare*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 11-33.

[14] A se vedea J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, p. 258.

țiunii reale[15]. Față de admisibilitatea expresă (art. 2.280 C. civ.) a fideiusiunii acordate cu titlu oneros[16], credem că o afirmație tranșantă în privința caracterului eminamente gratuit al cauțiunii reale este (în actualele condiții) cel puțin hazardată.

Trebuie, însă, făcute anumite precizări în ceea ce privește raporturile juridice care se nasc în cazul unei cauțiuni reale. Având în vedere relația triunghiulară care o definește, cauțiunea reală dă naștere la trei raporturi juridice distincte. Astfel, între creditorul ipotecar și debitorul obligației ipotecare există un raport care dă naștere unui drept de creanță. Între creditorul ipotecar și garantul ipotecar există un raport derivat din constituirea dreptului real de ipotecă. În sfârșit, între debitorul obligației principale și garantul ipotecar există un raport juridic în baza căruia garantul (terț față de obligația principală) acceptă să se oblige în mod propriu (prin afectarea unui bun care îi aparține) față de creditorul ipotecar. Patrimoniul său suportă o sărăcire prin dispariția unui drept real (de garanție) care se transferă către creditorul ipotecar.

Atunci când se afirmă că este de natura cauțiunii reale ca ea să fie acordată cu titlu gratuit, se are în vedere numai raportul ce se naște între debitorul principal și garantul ipotecar[17]. Și în acest cazuri, practica demonstrează că gratuitatea nu este cel mai frecvent tipar al cauțiunii reale. Într-adevăr, de cele mai multe ori, garanții ipotecari au un interes personal[18] ca debitorul să beneficieze de un credit îmbunătățit. În aceste condiții, nici măcar raportul dintre debitor și garantul ipotecar nu mai este unul cu titlu gratuit...

---

[15] A se vedea A.-M. Găină, *Garanțiile reale mobiliare de executare a obligațiilor civile și comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 140.

[16] A se vedea L. Pop, St. I. Vidu, *Reglementarea fideiusiunii în textele noului Cod civil*, în Revista română de drept privat nr. 2/2011, p. 199 (text și nota 22).

[17] A se vedea O. Căpățînă, *Titlul gratuit în actele juridice*, Ed. Rosetti, București, 2003, pp. 74-77.

[18] Exemplul (proto)tipic este cel al asociatului persoană fizică a unei societăți comerciale cu răspundere limitată care își ipotechează apartamentul proprietate personală pentru a obține un credit pentru societatea deținută.

### 5. Acte cu titlu oneros şi acte cu titlu gratuit

Din punct de vedere al scopului urmărit de către părți[19], actele juridice se divid în acte cu titlu oneros şi acte cu titlu gratuit. Actul cu titlu oneros este acela prin care „fiecare parte urmăreşte să îşi procure un avantaj" [art. 1.172 alin. (1) C. civ.], în timp ce actul cu titlu gratuit este acela prin care „una dintre părți urmăreşte să procure celeilalte părți un beneficiu, fără a obține în schimb vreun avantaj" [art. 1.172 alin. (2) C. civ.]. Se observă că ambele tipuri de acte au un conținut patrimonial[20], doar că în cazul actelor cu titlu gratuit, transferul patrimonial are un singur sens (către beneficiar), în timp ce în cazul actului cu titlu oneros există transferuri patrimoniale reciproce. Prestația celui care încheie un act cu titlu gratuit nu presupune un echivalent din partea beneficiarului[21].

La rândul lor, actele cu titlu gratuit se subdivid în liberalități şi acte dezinteresate[22]. Liberalitatea este acea formă de act cu titlu gratuit „prin care o persoană dispune cu titlu gratuit de bunurile sale (...) în favoarea altei persoane" [art. 984 alin. (1) C. civ.]. Specific liberalității este că o persoană „dispune de unul sau mai multe dintre bunurile sale în profitul altuia"[23]. De vreme ce ipoteca este un act de dispoziție pentru constituitor (art. 2.365 C. civ.), un eventual caracter gratuit ar plasa-o în categoria liberalităților. Pe de altă parte, liberalitățile sunt limitate la donație şi testamente [art. 984 alin. (2) C. civ.]. De vreme ce ipoteca (convențională) este un act *inter vivos* [art. 2.372 alin. (2) C. civ.], ea nu ar putea fi decât o (formă de) donație.

---

[19] A se vedea Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a VIII-a revăzută şi adăugită de M. Nicolae şi P. Truşcă, Ed. Universul Juridic, București, 2003, p. 131 (citată în continuare *„Curs..."*); G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a III-a, revizuită şi adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 190; E. Poenaru, *Drept civil. Teoria generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 109 (citat în continuare *„Drept civil..."*).

[20] A se vedea: O. Căpățînă, *op. cit.*, p. 243; I. Dogaru, *op. cit.*, p. 184.

[21] A se vedea O. Căpățînă, *op. cit.*, pp. 244 şi 245.

[22] A se vedea: Gh. Beleiu, *Curs..., cit. supra*, p. 134; G. Boroi, *op. cit.*, p. 192; O. Căpățînă, *op. cit.*, p. 333; I. Dogaru, *op. cit.*, p. 184.

[23] A se vedea O. Căpățînă, *op. cit.*, p. 277.

Prin urmare, afirmația că ipoteca ar fi constituită prin act cu titlu gratuit ar conduce la concluzia că orice contract de ipotecă ar trebui să îmbrace forma unei donații. Tocmai de aceea nu putem fi de acord cu opinia [24] conform căreia contractul de gaj ar fi constituit, de fapt, un act dezinteresat.

### 6. Diferențele de regim juridic

Din punct de vedere practic, calificarea contractului de ipotecă drept un act cu titlu gratuit ridică problema unei schimbări de paradigmă între analiza convențională a contractului de ipotecă drept un act cu titlu oneros (implicit). După cum am arătat, dacă este să admitem că ipoteca este constituită printr-un act cu titlu gratuit, ar însemna să acceptăm că toate contractele de ipotecă reprezintă forme specifice ale contractului de donație. Este adevărat că în doctrină s-a mai pus problema paralelei dintre ipotecă şi donație, dar mai degrabă a fost analizată simularea unui act cu titlu gratuit prin intermediul constituirii unei ipoteci pentru o obligație fictivă[25].

Astfel, între cele două tipuri de acte există diferențe[26] în ceea ce priveşte capacitatea cerută pentru încheierea lor, tratamentul viciilor de consimțământ[27], regimul răspunderii, acțiunea revocatorie[28], caracterul *intuitu personae*, condițiile de formă[29], tratamentul în cazul decesului dispunătorului, caracterul revocabil[30]. Diferențele sunt atât de numeroase încât unii autori au pretins că o enumerare este fatalmente incompletă[31]. Efectele acestor diferențe i-au făcut pe unii autori să considere că actele cu titlu gratuit sunt descurajate de către legiuitor, având un regim juridic mai

---

[24] A se vedea I. Dogaru (coord.), *op. cit.*, p. 591.
[25] A se vedea J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, p. 259.
[26] A se vedea I. Dogaru, *op. cit.*, pp. 186-191.
[27] A se vedea Gh. Beleiu, *Curs..., cit. supra*, p. 134.
[28] A se vedea G. Boroi, *op. cit.*, pp. 190 şi 191.
[29] A se vedea E. Poenaru, *Drept civil..., cit. supra*, pp. 109 şi 110.
[30] A se vedea O. Căpățînă, *op. cit.*, pp. 118-126.
[31] A se vedea L. Josserand, *Cours de droit civil positif français conforme aux Programmes Officiels des Facultés de Droit*, t. II, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 17.

restrictiv decât al actelor cu titlu oneros[32]. Nu vom face aici o analiză a tuturor acestor distincții[33], dar vom încerca să punctăm câteva zone care, în opinia noastră, relevă incompatibilitatea între contractul de ipotecă şi actele cu titlu gratuit.

Astfel, din punct de vedere al capacității necesare pentru încheierea contractului de ipotecă, dispozițiile art. 2.365 C. civ. par a fi perfect compatibile cu cele ale art. 987 şi 988 C. civ. (care reglementează capacitatea necesară pentru autorul liberalității). La o privire mai atentă, însă, observăm că există unele diferențe în ceea ce priveşte regimul actelor încheiate de minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă. Acesta poate încheia un contract de ipotecă cu încuviințarea părinților [art. 41 alin. (2) şi art. 42 alin. (1) C. civ.] sau chiar singur pentru veniturile proprii [art. 42 alin. (2) C. civ.], în timp ce liberalitățile nu îi sunt permise [art. 988 alin. (1) C. civ.]. De asemenea, în materie de liberalități, legea instituie o serie de incapacități speciale [art. 988 alin. (2), art. 990 C. civ.], care nu sunt aplicabile în cazul ipotecii.

Aceste incapacități se vor prelungi, însă, în cazul ipotecii care a fost constituită pentru a deghiza o operațiune gratuită (art. 992 C. civ.). Astfel, în măsura în care ipoteca a fost constituită pentru a garanta o obligație inexistentă (sau care este creată pe calea unei liberalități), regimul va fi cel al actului cu titlu gratuit. Trebuie, însă, remarcat că aici îşi găseşte aplicarea principiul accesorialității ipotecii (art. 2.344 C. civ.), întrucât nu ipoteca este cu titlu gratuit, ci actul din care derivă obligația principală.

---

32 A se vedea O. Căpățînă, *op. cit.*, pp. 131 şi 132.

33 De exemplu, o discuție interesantă priveşte aplicabilitatea dispozițiilor art. 346 alin. (2) C. civ. Cu privire la problematica generală, a se vedea M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010, pp. 254 şi 255. În cazul în care ipoteca mobiliară (asupra bunurilor comune ale soților) este calificată drept act cu titlu gratuit, ea nu poate fi constituită decât de către ambii soți; dimpotrivă, dacă este calificată drept act cu titlu oneros, ea poate fi încheiată în mod valabil de către un singur soț... În cazul ipotecii imobiliare, raționamentul nu funcționează, întrucât actele de dispoziție cu privire la imobile sunt supuse regulii statornicite de art. 346 alin. (1) C. civ., ca şi ipotecarea navelor şi aeronavelor (al căror transfer presupune înregistrarea în registre speciale).

O altă zonă de interferență este cea a acțiunii revocatorii[34]. Acțiunea pauliană are un regim probator diferit în cazul actelor cu titlu gratuit față de cele cu titlu oneros [art. 1.562 alin. (2) C. civ.]. Există numeroase situații în care terții (creditori ai constituitorului) doresc să nu le fie opozabilă ipoteca pe care acesta a constituit-o în favoarea creditorului ipotecar. În acest fel, dispare preferința creditorului ipotecar (art. 2.327 C. civ.) și bunul ipotecat poate fi urmărit în mod egal (proporțional) de toți creditorii [art. 2.324 alin. (1) C. civ.]. Dacă ipoteca ar fi (întotdeauna) un act cu titlu gratuit, terțul ar putea introduce oricând o acțiune pauliană vizând inopozabilitatea ipotecii. Or, o ipotecă inopozabilă este o ipotecă imperfectă (art. 2.409 C. civ.) și, deci, inutilă [art. 2.420 alin. (2) C. civ.].

Credem că aceste scurte observații au relevat incompatibilitatea între contractul de ipotecă și un act cu titlu gratuit. Vom încerca în continuare să demonstrăm de ce ipoteca este un act esențialmente cu caracter oneros, iar caracterul gratuit poate deriva doar accidental din aplicarea principiului accesorialității.

## 7. Intuiția caracterului oneros

Am arătat[35] că problema caracterului oneros al contractului de ipotecă a fost în imensa majoritate a cazurilor o chestiune atât de evidentă încât autorii au preferat să nici nu o mai menționeze. Recunosc și eu că am avut aceeași intuiție[36]... Am citit apoi o decizie recentă[37] și m-am întrebat de unde a apărut ideea titlului gratuit al ipotecii.

Decizia de speță este un exemplu despre cum încercăm să găsim argumente pentru a rezolva o falsă problemă[38]. De multe ori,

---

[34] A se vedea L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4e éd., Ed. Yvon Blais, Cowansville, 2010, p. 255.

[35] A se vedea *supra*, nr. 2.

[36] De altfel și legiuitorul (în materie imobiliară) a avut o abordare similară, asigurând un regim juridic identic pentru ipoteca imobiliară și celelalte acte cu titlu oneros (art. 901 C. civ.).

[37] A se vedea *Curtea de Apel Timișoara, secția civilă, decizia nr. 570 din 1 iunie 2009*, disponibilă la adresa www.jurisprudenta.org, JURINDEX201027524.

[38] O dezvoltare interesantă a modului uman de găsire a tiparelor și de ignorare a elementelor care nu se potrivesc tiparului se găsește în N.N. Taleb, *Lebăda neagră*.

argumentele astfel găsite sunt şi ele false... În speță, se punea problema menținerii valabilității unei ipoteci după ce titlul constituitorului fusese constatat nul. Deşi se putea aplica în mod facil argumentul *quod nullum est nullum producit effectum*, coroborat, eventual, cu caracterul de drept real (accesoriu) al ipotecii, instanța a preferat să se angajeze pe calea argumentului protecției dobânditorului de bună-credință. Dincolo de disputele referitoare la utilitatea unui astfel de argument, prinsă în mrejele creditorului, instanța, intuind răspunsul corect, nu a găsit altă cale de evadare decât decretarea (neargumentată a) titlului gratuit al ipotecii pentru a înlătura teoria dobânditorului de bună-credință.

Aceasta este, pe scurt, povestea reînvierii discuției cu privire la titlul oneros al contractului de ipotecă. Vom încerca în cele ce urmează să argumentăm teza caracterului oneros dintr-o triplă perspectivă: logică, economică şi juridică.

### 8. Un argument logic – accesorialitatea

Ipoteca reprezintă un drept real accesoriu unei obligații principale (art. 2.344 C. civ.). Obligația principală poate izvorî din orice sursă (art. 2.369 C. civ.), dar trebuie să aibă un caracter patrimonial (art. 2.323 C. civ.). Dreptul real de ipotecă mobiliară se naşte din contractul de ipotecă (art. 2.387 C. civ.), care identifică şi „cauza obligației garantate" [art. 2.372 alin. (2) C. civ.]. Stingerea obligației garantate conduce la stingerea ipotecii [art. 2.428 alin. (2) lit. a) C. civ.], iar executarea ipotecii nu se poate face decât în limita valorii obligației garantate (art. 2.459 C. civ.). Toate aceste dispoziții trasează o relație strânsă de dependență între (dreptul real de) ipotecă şi obligația principală[39].

Această relație se manifestă şi la nivelul raporturilor juridice implicate. Astfel, contractul de ipotecă devine un contract accesoriu[40] raportului juridic din care s-a născut

*Impactul foarte puțin probabilului*, ed. a II-a revizuită, Ed. Curtea veche, Bucureşti, 2009, pp. 90-114, sub titulatura de „eroare narativă".

[39] A se vedea R. Rizoiu, *Despre dreptul real de garanție*, *cit. supra*, pp. 231-238.

[40] A se vedea Gh. Beleiu, *Curs...*, *cit. supra*, p. 138.

obligația principală[41]. Atunci când soarta unui contract depinde de soarta unui alt contract, raportul dintre ele este unul de la accesoriu la principal[42]. Or, contractul de ipotecă (a cărei unică rațiune este constituirea dreptului real de ipotecă și amenajarea conținutului acestui drept) încetează în momentul în care actul din care a derivat obligația garantată încetează.

De cele mai multe ori, obligația principală derivă dintr-un act cu titlu oneros (contractul de împrumut este exemplul tipic, dar nu este nici pe departe singurul). Este, de altfel, greu de imaginat ca obligația asumată cu titlu gratuit să fie „securizată" (și) prin acordarea unei garanții reale. Spiritul de gratitudine care însoțește actele cu titlu gratuit este greu conciliabil cu asumarea unei puternice forțe executorii. Nu înseamnă că negăm posibilitatea ca obligația asumată de către binefăcător printr-un act cu titlu gratuit să fie garantată prin constituirea unei ipoteci (art. 2.369 C. civ.), ci doar că ne îndoim de frecventa apariție în practică a unei asemenea construcții.

Prin urmare, în (cvasi)totalitatea cazurilor, contractul de ipotecă este accesoriu unui act cu titlu oneros. De vreme ce *accessorium sequitur principale*, este logic ca și contractul de ipotecă să „împrumute" caracterul oneros de la actul principal.

### 9. Un argument economic – avantajul procurat debitorului

Din punct de vedere economic, garanțiile reale nu se justifică decât prin aceea că îmbunătățesc creditul debitorului prin reducerea riscurilor asociate cu acordarea creditului de către creditor[43]. Așadar, constituirea unei ipoteci se poate cuantifica, din punct de vedere pecuniar, în diferența dintre costul creditului negarantat și cea a creditului garantat[44]. Chiar și atunci când

[41] A se vedea: F. Ciutacu, *op. cit.*, p. 487; L. Mocanu, *op. cit.*, pp. 60 și 61; A.-M. Găină, *op. cit.*, pp. 138 și 139.

[42] A se vedea G. Boroi, *op. cit.*, p. 198.

[43] A se vedea R. Rizoiu, *Garanțiile reale mobiliare. O abordare funcțională*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 63-67.

[44] A se vedea R. Rizoiu, *Costul creditului și garanțiile reale mobiliare: o analiză empirică*, în Revista română de drept privat nr. 4/2010, pp. 227-235.

acordarea de garanții reprezintă diferența dintre posibilitatea de a obține credit şi cea de a nu avea acces la credit[45], valoarea economică a ipotecii este de netăgăduit. Prin urmare, constituirea ipotecii oferă debitorului un avantaj material. În acest context, este surprinzătoare afirmația tranşantă a lipsei oricărei remunerații pentru debitorul ipotecar[46].

Creditorul primeşte un drept real (de garanție) asupra patrimoniului constituitorului[47]. Aşadar, şi situația (patrimonială a) creditorului se îmbunătățeşte. Cuplând această îmbunătățire cu avantajul patrimonial pe care ipoteca o aduce debitorului, rezultă un schimb de avantaje de natură patrimonială, deci un contract cu titlu oneros. Rezumând, putem afirma că, în schimbul oferirii unei siguranțe sporite pentru creditor, debitorul primeşte acces la creditare[48].

Această abordare (preponderent) economică derivă şi din redactarea noului Cod civil. Astfel, nu numai că ipoteca poate garanta obligații viitoare (ceea ce presupune că se încheie contractul de ipotecă anterior naşterii obligației principale), dar se consideră o situație perfect normală cea în care contractul de ipotecă este constituit înainte ca debitorul să primească „prestația

---

[45] A se vedea *Înalta Curte de Casație şi Justiție, secția penală, decizia nr. 4979 din 5 octombrie 2004*, în R. Rizoiu, *Ipoteci mobiliare*, vol. II, *Caracterele juridice ale ipotecii mobiliare*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, pp. 247-261; *Curtea de Apel Bucureşti, secția a IX-a civilă şi pentru cauze privind proprietatea intelectuală, decizia nr. 156R din 17 martie 2009*, disponibilă la adresa www.jurisprudenta.org, JURINDEX201027524.

[46] A se vedea P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 163.

[47] Principalul efect al încheierii contractului de ipotecă este constituirea unui drept real de ipotecă (art. 2.343 C. civ.). Acest drept real se constituie în patrimoniul creditorului, deci el părăseşte patrimoniul constituitorului. Prin urmare, chiar dacă este adevărat că „ipoteca nu presupune, chiar de la data apariției sale, o despuiere a constituitorului de dreptul său de proprietate" (a se vedea P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 163), la fel de adevărat este că acelaşi constituitor este „despuiat" de o componentă a acelui drept: dreptul de a mai constitui o ipotecă de acelaşi rang asupra bunului în cauză.

[48] A se vedea H.W. Fleisig, N. de la Peña, *Romania: Creating a Legal and Institutional Framework to Promote Access to Credit by the Poor*, disponibil la adresa: http://www.ceal.org/papers/RomaniaAccesstoCreditbythePoor(cealp057)CovPage&ExecSum.htm.

în considerarea căreia a constituit ipoteca" [art. 2.371 alin. (1) C. civ.]. De aici rezultă că debitorul constituie ipoteca (încheie contractul de ipotecă) având prefigurarea unui beneficiu – disponibilitatea creditului oferit de creditor[49].

Situația este puțin mai complicată în cazul cauțiunii reale (în special atunci când între garantul ipotecar şi debitorul principal raportul este unul cu titlu gratuit). În acest caz, pare că nu există niciun avantaj obținut de constituitor. Credem însă că problema trebuie privită dintr-o altă perspectivă: una similară cu cea utilizată în analiza stipulației pentru altul. Astfel, constituitorul ipotecii nu urmăreşte niciodată să îl gratifice pe creditor[50]; prin urmare nu există acel *animus donandi* care să certifice caracterul gratuit al ipotecii[51]. În fapt, constituitorul doreşte să îl gratifice pe debitorul principal, procurându-i acestuia un avantaj (constând în îmbunătățirea creditului de care se poate bucura) şi oferă un drept patrimonial şi creditorului (dreptul real de ipotecă), dar fără a intenționa să îl gratifice pe acesta din urmă.

În acest sens, art. 144 alin. (1) C. civ. asimilează constituirea ipotecii care garantează obligația altuia cu un act cu titlu gratuit, dar privit din perspectiva raportului dintre constituitor şi debitor. De aceea, este important de observat faptul că, în cazul cauțiunii reale (ca şi în cazul fideiusiunii), suntem în prezența unei operațiuni juridice triunghiulare. Există trei seturi de raporturi juridice care se nasc din astfel de operațiuni: (i) între creditorul ipotecar şi debitorul obligației principale, (ii) între creditorul ipotecar şi constituitorul ipotecii (garant ipotecar) şi (iii) între constituitorul ipotecii şi debitorul obligației principale. Numai ultimul dintre aceste raporturi poate avea caracter gratuit. Primul raport este evident cu caracter oneros, de vreme ce priveşte prin

---

[49] Se regăseşte în formularea textului de lege concepția de *common law*, care impune existența unui element cauzal *(consideration)* la încheierea oricărui contract. În cazul ipotecii, acest element cauzal este reprezentat tocmai de prestația creditorului ipotecar care fie acordă credit, fie menține un credit existent. A se vedea W.H. Lawrence, W.H. Henning, R.W. Freyermuth, *Understanding Secured Transactions*, 2nd edition, Lexis Publishing, New York, 1999, pp. 78-80.

[50] A se vedea P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 163.

[51] A se vedea O. Căpățînă, *op. cit.*, pp. 330-333.

ipotează existența unei obligații patrimoniale născute între creditor și debitor. Al doilea raport nu poate reliefa o intenție de gratificare în favoarea creditorului, cu care garantul ipotecar nu are vreo legătură personală. Așadar, caracterul gratuit nu poate viza decât (cel mult) raportul dintre debitorul obligației principale și constituitorul ipotecii, iar acesta este irelevant (extrinsec) contractului de ipotecă.

### 10. Un argument juridic – ipoteca este un act de dispoziție

Principalul efect al contractului de ipotecă (mobiliară) constă în constituirea dreptului real de ipotecă (art. 2.387 C. civ.). Tocmai din cauză că „transferă" un drept real din patrimoniul constituitorului către cel al creditorului ipotecar, contractul de ipotecă este analizat ca un act de dispoziție[52] (art. 2.365 C. civ.).

Constituirea unui drept real (accesoriu) asupra bunului constituitorului, drept real al cărui titular devine creditorul, a fost uneori omisă în analiza caracterului oneros al contractului de ipotecă. Numai astfel pot fi explicate afirmații de genul „bunul gajat nu iese din patrimoniul debitorului" sau „[p]atrimoniile ambelor părți își păstrează aceeași configurație"[53].

De vreme ce constituitorul pierde un activ din patrimoniu, actul de constituire a ipotecii nu poate fi asimilat unei liberalități din partea sa. Chiar dacă bunul ca atare (adică dreptul de proprietate asupra bunului ipotecat) nu părăsește patrimoniul constituitorului, acesta din urmă își reduce capacitatea de a obține credit (suplimentar), iar utilitatea bunului de a genera credit scade. Prin urmare, constituirea dreptului real de ipotecă echivalează cu pierderea unei valori patrimoniale pentru constituitor.

Față de aceste observații, rezultă că (cel puțin în varianta sa propriu-zisă) contractul de ipotecă oferă un drept real în schimbul unei îmbunătățiri a condițiilor de creditare. Prin urmare, de vreme ce se produce un schimb de avantaje patrimoniale, contractul de ipotecă nu poate fi decât un act cu titlu oneros.

---

[52] A se vedea A.-M. Găină, *op. cit.*, pp. 140 și 141.

[53] A se vedea I. Dogaru, *op. cit.*, p. 597.

### 11. Clauza de inalienabilitate

Noul Cod civil cuprinde o reglementare destul de detaliată a clauzei de inalienabilitate[54] instituite în materia drepturilor reale (art. 627-629 C. civ.) sau a celor de creanță (art. 1.570 C. civ.). De asemenea, există o reglementare specială aplicabilă interferenței între dreptul real de ipotecă şi existența unei clauze de inalienabilitate anterioare (art. 2.351 C. civ.) sau simultane (art. 2.376 C. civ.) constituirii ipotecii. Funcționarea acestor dispoziții depinde, într-o oarecare măsură, de caracterul oneros sau gratuit al contractului de ipotecă.

O primă observație vizează tocmai modul de funcționare a clauzei de inalienabilitate în materie ipotecară. Se pot distinge două ipoteze distincte: clauza de inalienabilitate este inclusă într-o convenție sau testament [art. 627 alin. (1) C. civ.] diferită de contractul de ipotecă şi, respectiv, clauza de inalienabilitate derivă din chiar contractul de ipotecă.

În prima ipoteză, atunci când clauza de inalienabilitate este extrinsecă contractului de ipotecă, ea poate surveni anterior sau ulterior acestuia. În cazul în care este anterioară constituirii ipotecii, ipoteca nu va putea să greveze bunul inalienabil decât la momentul la care acesta reintră în circuitul civil (art. 2.351 C. civ.). Dacă clauza de inalienabilitate este ulterioară constituirii ipotecii, ea nu va putea fi opusă creditorului ipotecar decât dacă a fost făcută publică înainte ca ipoteca însăşi să fie făcută publică [art. 628 alin. (1) C. civ.].

În cea de-a doua ipoteză, atunci când clauza de inalienabilitate este inclusă în chiar cuprinsul actului de ipotecă, trebuie observat că efectele sale sunt limitate. Astfel, actele de dispoziție

---

[54] Cu privire la regimul juridic general al acestei clauze, a se vedea V. Stoica, *Clauza voluntară de inalienabilitate în reglementarea Codului civil*, prelegere susținută în cadrul conferinței „Noul Cod civil – 7 luni de la aplicare. Probleme şi soluții practice", Băile Olănești, 26 mai 2012, disponibil la adresa http://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2012/10/TRANSCRIPT-CONFERINTA-Noul-Cod-Civil-Baile-Olanesti-mai-2012.pdf, pp. 8-16. Cu privire la regimul special în materie ipotecară, a se vedea *Prelegerea domnului prof. univ. dr. Valeriu Stoica din 8 septembrie 2011*, disponibilă la adresa http://www.inm-lex.ro/NCC/doc/Brosura NoulCodCivil.pdf, p. 14.

încheiate de către constituitorul ipotecii cu un terț vor fi valabile, chiar dacă terțul cunoaşte existența clauzei de inalienabilitate inserate în contractul de ipotecă dintre creditor şi constituitor (art. 2376 C. civ.). Efectul acestor limitări este acela de a face ineficace sancțiunile specifice ce ar putea interveni în privința nerespectării clauzei de inalienabilitate (art. 629 C. civ.).

O a doua observație priveşte efectele clauzei de inalienabilitate incluse în contractul de ipotecă. Deşi are efecte limitate, clauza de inalienabilitate nu va fi total inoperantă, ci va produce anumite efecte specifice: va da creditorului ipotecar dreptul la a cere constituitorului daune pentru eventuala diminuare a valorii bunului ipotecat ca efect al transferului (art. 2.375 C. civ.) sau poate trece la accelerarea scadenței obligației principale şi la executarea ipotecii, în cazul în care consideră că transferul face dificilă executarea ipotecii [art. 2.396 alin. (1) C. civ.][55].

Aşadar, clauza de inalienabilitate produce efecte specifice în materie ipotecară în funcție de natura sa extrinsecă sau intrinsecă față de contractul de ipotecă. În toate cazurile însă, ea va fi valabilă şi nu reprezintă o clauză nescrisă a contractului de ipotecă.

Prin urmare, clauza de inalienabilitate intrinsecă unui contract de ipotecă nu va fi considerată nulă (ori anulabilă). De vreme ce contractul de ipotecă este unul cu titlu oneros, existența unei clauze de inalienabilitate va fi prezumată a avea un caracter determinant pentru încheierea contractului [art. 627 alin. (3) C. civ.]. În condițiile în care sancțiunea includerii unei asemenea clauze în contractul de ipotecă nu este nulitatea acesteia, ci doar o formă de inopozabilitate față de terți (art. 2.375 C. civ.), ea nu va putea conduce la invalidarea contractului de ipotecă în întregul său.

O a treia observație se referă la opozabilitatea clauzei de inalienabilitate. O asemenea clauză nu va fi opozabilă dacă nu respectă formalitățile de publicitate [art. 628 alin. (2) C. civ.]. În materie mobiliară, publicitatea se va realiza prin intermediul Arhivei (art. 18 C. civ.) cu titlu de operațiune asimilată unei ipoteci (art. 2.347

[55] Cu privire la analiza remediilor contractuale ale creditorului ipotecar, a se vedea şi R. Rizoiu, *Comentariu..., cit. supra*, pp. 102-105.

C. civ.). Opozabilitatea depinde de natura contractului în care este inclusă clauza de inalienabilitate. Astfel, în cazul în care contractul este unul cu titlu oneros, inalienabilitatea este opozabilă numai creditorilor posteriori ai dobânditorului [art. 628 alin. (4) C. civ. *a contrario*].

### 12. Caracterul comutativ

Contractele cu titlu oneros se împart în contracte comutative şi contracte aleatorii[56]. Contractul de ipotecă este un contract comutativ, întrucât părţile cunosc cu certitudine „la momentul încheierii sale, existenţa drepturilor şi obligaţiilor [lor], iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă" [art. 1.173 alin. (1) C. civ.].

Astfel, „suma pentru care este constituită ipoteca se poate determina în mod rezonabil în temeiul [contr]actului de ipotecă" [art. 2.372 alin. (1) C. civ.], iar bunul ipotecat beneficiază de „o descriere suficient de precisă" [art. 2.372 alin. (2) C. civ.]. Faptul că nu se cunoaşte la momentul încheierii contractului dacă creditorul ipotecar va executa silit ipoteca sau nu este irelevant[57]. În toate situaţiile, executarea ipotecii se va efectua doar cu privire la bunul ipotecat şi numai în limita valorii obligaţiei garantate.

Chiar şi atunci când garantează obligaţii viitoare (art. 2.370 C. civ.), contractul de ipotecă este unul comutativ, întrucât părţile au prefigurat tipul de obligaţii avute în vedere – ele vor fi întotdeauna determinabile. În mod similar, bunurile viitoare sunt şi ele determinabile la momentul încheierii contractului de ipotecă (art. 2.391 C. civ.).

Şi în cazul în care ipoteca este menţinută pentru garantarea unei obligaţii care nu fusese avută în vedere iniţial, este nevoie de un nou acord al părţilor, deci din nou părţile cunosc întinderea propriilor obligaţii [art. 2.428 alin. (3) C. civ.].

Fiind un contract comutativ, ipoteca ar putea fi susceptibilă de leziune (art. 1.224 C. civ.). Cu toate acestea, leziunea ar

---

[56] A se vedea L. Pop, *op. cit.*, pp. 107-109; Gh. Beleiu, *Curs..., cit. supra*, p. 134.

[57] În caz contrar ar însemna că orice contract care conţine obligaţii supuse unei condiţii suspensive ar urma să fie calificat drept aleatoriu...

prezuma executarea ipotecii dincolo de limitele obligației principale, ceea ce este imposibil (art. 2.459 C. civ.). Prin urmare, nu credem[58] că se poate invoca leziunea în cazul contractului de ipotecă[59].

## 13. În loc de concluzie

Contractul de ipotecă reprezintă unul dintre principalele motoare ale creditului. O tratare simplistă a caracteristicilor acestui contract poate genera convulsii în piața creditului, care se vor repercuta în întreaga economie. Tocmai de aceea soluțiile jurisprudențiale în materie ar trebui să fie fundamentate pe o cercetare atentă a regimului juridic special pe care noul Cod civil îl atribuie contractului de ipotecă.

Aşa cum rezultă şi din *motto*, întotdeauna acordarea de împrumuturi presupune un preț, ca şi accesul la creditare. Pentru debitor, primirea creditului reprezintă o valoare patrimonială în sine, pentru care merită să ofere o contraprestație. În lumea de azi, de cele mai multe ori, acea contraprestație o reprezintă constituirea unei ipoteci prin încheierea contractului de ipotecă. Acesta devine astfel un contract cu titlu oneros, comutativ.

---

[58] Mai mult cu titlu de situație de şcoală putem imagina constituirea unei ipoteci asupra unui bun de mare valoare pentru garantarea unei obligații de mică valoare a unui debitor care nu are alte active patrimoniale. În acest caz ne întrebăm însă cum ar mai putea acest debitor să aibă acces la creditare în lipsa constituirii ipotecii...

[59] Ea poate fi însă invocată în cadrul contractului din care izvorăşte obligația ipotecară, ceea ce se poate răsfrânge şi asupra valabilității contractului (accesoriu) de ipotecă.

# EXECUTAREA SILITĂ A CONTRACTELOR DE CREDIT BANCAR. ASPECTE TEORETICE ŞI PRACTICE

*Conf. univ. dr. Lucian SĂULEANU*
*Universitatea din Craiova*
*Facultatea de Drept şi Ştiinţe Administrative*

***Abstract:*** *The compulsory enforcement of a bank credit agreement rises a series of theoretical and practical issues regarding the loss of the executory title attached to the agreement as a consequence of the assignment of rights or of the resiliation of the contract, the possibility of defending on the basis of unfair terms within the action against the compulsory enforcement, and the early repayment as a consequence of diminishing the value of the collaterals.*

***Keywords:*** *bank credit agreement, compulsory enforcement, executory title, resiliation, assignment of rights, unfair term*

***Rezumat:*** *Executarea silită a contractelor de credit bancar implică o serie de aspecte teoretice şi practice privind pierderea caracterului de titlu executoriu al contractului ca urmare a cesiunii de creanţă sau a rezilierii contractului, posibilitatea invocării clauzelor abuzive în contestaţia la executare împotriva contractului şi declararea scadenţei anticipate ca urmare a diminuării valorii garanţiilor accesorii.*

***Termeni-cheie:*** *contract de credit bancar, executare silită, titlu executoriu, reziliere, cesiune de creanţă, clauză abuzivă*

## Consideraţii introductive

Preocuparea practicii şi a doctrinei juridice din ultimii ani privitor la problematica dreptului bancar este evidentă, spectrul acestora fiind destul de larg, de la cele care ţin de organizarea sistemului bancar[1] ori materia titlurilor comerciale de valoare sau

[1] I. Silberstein, *Studii de drept bancar*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2011; C.A. Gheorghe, *Drept bancar*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

clauze abuzive[2] până la probleme de interpretare a anumitor acte bancare[3] sau atragerea răspunderii instituțiilor de credit[4] ori anularea incidentelor de plată[5].

Se poate uşor constata conturarea unui adevărat contencios bancar, dar şi un interes din ce în ce mai mare al doctrinei în abordarea acestor subiecte, aşa cum rezultă din trimiterile anterioare *exempli gratia*, context în care se înscrie şi prezentul studiu, respectiv cel de identificare şi punere în dezbatere a unor aspecte mai mult sau mai puțin lămurite născute în legătură cu executarea silită a contractelor de credit bancar[6].

## I. Pierderea caracterului de titlu executoriu al contractului de credit bancar

### 1. Pierderea caracterului de titlu executoriu prin cesiunea creanței rezultate dintr-un contract de credit bancar

În ultima perioadă, se poate observa că băncile preferă cesionarea creanțelor către anumite societăți comerciale care nu sunt instituții de credit în sensul O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit şi adecvarea capitalului, executarea silită a clienților debitori urmând a fi realizată de cesionarii creanțelor.

---

[2] G. Fărcaşiu, R. Mareş, *Protecția consumatorilor în materia serviciilor financiare*, în *Lucrările Conferinței „Actualitatea în activitatea juridică bancară"*, Piatra Neamț, 2010, Ed. Hamangiu, București, 2011, pp. 671-685.

[3] L. Bercea, *Natura juridică a condițiilor generale de bancă*, în Pandectele Române nr. 8/2008, pp. 17-24; M.D. Manea, R. Postolache, *Creditul bancar. De la teorie la practică*, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

[4] R.N. Catană, *Răspunderea băncilor față de terți pentru credite imprudente acordate clienților*, în *Probleme actuale de drept bancar*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, pp. 489-505; I. Turcu, *Răspunderea băncii pentru greşita eliberare de fonduri din contul de depozit (de disponibilități)*, în Revista de drept comercial nr. 4/2004, pp. 37-47.

[5] L. Săuleanu, *Practică judiciară în materia anulării informațiilor privind incidentele de plăți*, în Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2010, pp. 282-288.

[6] A se vedea şi C.C. Moromete, *Executarea silită efectuată de executorii bancari în România*, în *Lucrările Conferinței „Actualitatea în activitatea juridică bancară"*, Piatra Neamț, 2010, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 611 şi urm.

În astfel de situații, apreciem că cesionarul nu se poate prevala de caracterul de titlu executoriu al contractului de credit, executările silite realizate în acest mod fiind nelegale.

În susținerea punctului nostru de vedere, invocăm câteva argumente, pe care mai întâi le enunțăm: (a) legiuitorul a înțeles să confere putere de titlu executoriu doar contractului de credit, odată ce instituirea caracterului de titlu executoriu a avut la bază argumente de ordin economic şi de protejare a circuitului comercial şi (b) natura specifică a contractului de credit.

Punctul de plecare îl constituie identificarea unui răspuns din perspectiva cesiunii de creanță, anume ce se transferă de la cedent la cesionar odată cu încheierea ei, respectiv dacă se transmite sau nu inclusiv titlul executoriu.

Opiniile conturate în doctrină sunt diferite, unii autori susținând că cesionarul primeşte odată cu creanța cedată inclusiv eventuala calitate de titlu executoriu a creanței[7] sau, dimpotrivă, alți autori exprimându-şi rezerve sub acest aspect, în sensul ca instanțele judecătoreşti să considere neaplicabile dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006 noului creditor care nu are calitatea de instituție bancară[8]. Majoritatea doctrinarilor[9], pornind de la concepția potrivit căreia cesiunea nu transferă numai emolumentul creanței, iar cesionarul este parte survenită în contractul inițial, apreciază că cesionarul poate exercita toate acțiunile ce au aparținut cedentului; cesionarul devine creditor în locul cedentului, preluându-i toate drepturile, iar creanța rămâne neschimbată[10].

În susținerea tezei afirmative, principalul argument ar fi dispozițiile art. 1396 C. civ. 1864, care stabilea că vinderea sau cesionarea unei creanțe cuprinde accesoriile creanței, precum

---

[7] R. Rizoiu, *Caracterul executoriu al cesiunii de creanță*, partea a II-a, în Revista de drept bancar şi financiar nr. 1/2008, p. 10.

[8] R. Muşoi, *Aspecte legale privind transferul portofoliilor de credite neperformante către vehicule specializate*, în *Lucrările Conferinței internaționale „Actualitatea în activitatea juridică bancară"*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 317.

[9] L. Pop, *Contribuții la studiul obligațiilor civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 215.

[10] C. Stătescu, C. Bîrsan, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1995, p. 315.

cauțiunea, privilegiul şi ipoteca (art. 1568 C. civ.[11]); cu alte cuvinte, se apreciază de către cei ce îmbrățişează acest punct de vedere că, odată cu creanța, se cesionează şi caracterul de titlu executoriu.

Şi în literatura juridică franceză[12], având în vedere că textele de lege[13] au aceeaşi redactare, punctul de vedere exprimat este în sensul că din categoria accesoriilor fac parte şi acțiunile în justiție (mai puțin acțiunea rezolutorie), inclusiv titlurile executorii. Uneori, se face distincție după cum titlul executoriu a fost obținut sau nu de cedent anterior cesiunii, apreciindu-se că, dacă s-a obținut anterior cesiunii, titlul executoriu îşi păstrează valabilitatea şi se transmite la cesionar[14].

Revenind la obiectul analizei noastre şi raportându-ne strict la contractele de credit, a aprecia că se realizează transferul către cedent inclusiv al caracterului de titlu executoriu nu este la adăpost de critici, odată ce caracterul de titlu executoriu nu aparține creanței având ca obiect suma împrumutată, ci contractului de credit ca înscris formal încheiat între anumite persoane şi într-un anume context; altfel spus, caracterul de titlu executoriu este al contractului de credit încheiat de o instituție de credit.

Cu toate că majoritatea opiniilor sunt în sensul transferului titlului executoriu, apreciem că, în privința contractelor de credit, se impune să aducem în discuție natura specifică a activității de creditare, dar şi nevoia de protecție a clientului, tărâm pe care se poate identifica o soluție favorabilă punctului nostru de vedere.

---

[11] Raportat la dispozițiile din noul Cod civil, discuția este puțin mai nuanțată, întrucât legiuitorul, în redactarea art. 1.568, a utilizat o formulare generală, menționând că transferul priveşte toate drepturile pe care cedentul le are în legătură cu creanța cedată, astfel că, în privința creanțelor născute după intrarea în vigoare a Codului civil, orice dispută doctrinară este înlăturată (a se vedea, sub acest aspect, şi art. 117 din Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil).

[12] Cu titlu de exemplu a se vedea P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010, p. 805.

[13] Art. 1396 C. civ. rom. 1864, respectiv art. 1692 C. civ. fr.

[14] I. Reghini, *Cesiunea de creanță*, în P. Vasilescu (coord.), *Cesiunea de contract*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007, p. 173; L. Pop, *op. cit.*, pp. 214 şi 215.

Caracterul de titlu executoriu este recunoscut de legiuitor doar contractului de credit (art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006[15]). Este evident că legiuitorul a recunoscut acest caracter de titlu executoriu contractelor de credit din mai multe motive: instituirea unui mecanism rapid de recuperare a creanțelor, siguranța oferită la momentul acordării creditelor prin folosirea unor tipizate aprobate, în condiții de creditare şi garantare aprobate de Banca Națională a României şi sub supravegherea prudențială a acesteia din urmă instituții.

De remarcat că legiuitorul a întărit sub acest aspect calitatea celui ce încheie contractul de credit, specificând expres că sunt titluri executorii doar contractele încheiate de instituțiile de credit. De altfel, art. 372 C. pr. civ. 1865 şi art. 632 C. pr. civ. actual precizează că executarea silită se va efectua numai în temeiul unei hotărâri judecătoreşti ori al altui înscris care, potrivit legii, constituie titlu executoriu.

Se impune a fi observată şi finalitatea urmărită de legiuitor în redactarea art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006[16], astfel că, în condițiile în care calitatea de instituție de credit a fost subliniată, a admite că cesionarea creanței are ca efect şi preluarea caracterului de titlu executoriu înseamnă a înfrânge scopul avut în vedere la momentul introducerii acestui text de lege.

Recunoaşterea caracterului de titlu executoriu contractului de credit prin Legea bancară nr. 58/1998[17] nu este întâmplătoare, soluția legiuitorului având în vedere argumente atât de ordin economic, cât şi de interes public. Aceste argumente sunt identificate chiar de instanța supremă în considerentele Deciziei XIII/2006, în care, analizându-se practica neunitară existentă în

---

[15] „Contractele de credit, inclusiv contractele de garanție reală sau personală, încheiate de o instituție de credit constituie titluri executorii".

[16] Cu privire la motivarea soluțiilor pronunțate de Curtea Constituțională privind respingerea excepțiilor de neconstituționalitate formulate cu privire la art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, a se vedea Decizia nr. 832 din 8 iulie 2008, publicată în M. Of., nr. 600 din 12 august 2008, precum şi Decizia nr. 1528 din 25 noiembrie 2010, publicată în M. Of., nr. 52 din 20 ianuarie 2011.

[17] Până la intrarea în vigoare a acestei legi, respectiv sub imperiul Legii nr. 33/1991, contractul de credit nu era titlu executoriu.

interpretarea caracterului executoriu al contractelor încheiate anterior intrării în vigoare a Legii bancare nr. 58/1998, s-a decis că şi contractele încheiate anterior acestei legi sunt titluri executorii:

*„Instituindu-se astfel un sistem execuțional unitar, simplificat, de natură a asigura recuperarea cu celeritate a creanțelor bancare, fără a se mai recurge la procedura complicată, specifică răspunderii contractuale, s-a răspuns unui vădit interes public, de garantare a creditului, care să înlăture riscul pentru depunători şi acționari de a ajunge în situația de a fi lipsiți de economiile sau investițiile pe care le-au făcut.*

*În această privință este de reținut că activitatea bancară, deşi se realizează de persoane juridice de drept privat, prezintă un incontestabil interes public.*

*Or, realizarea acestui interes public impune garantarea creditului acordat de către bănci printr-o dispoziție a legii, în sensul ca actul juridic prin care împrumutul a fost convenit să aibă şi caracter de titlu executoriu, spre a fi folosit, ca atare, în cadrul unei proceduri suple, simplificate, pentru recuperarea sumelor împrumutate de la debitorii de rea-credință care ar refuza să le restituie la termenele scadente".*

Observând că majoritatea interpretărilor înclină spre a recunoaşte că cesionarul se poate prevala de caracterul de titlu executoriu, totuşi, nu putem face abstracție de acest interes public manifestat în domeniul bancar, subliniat chiar în decizia de mai sus, dar mai ales de natura raporturilor de creditare.

Astfel, în susținerea punctului nostru de vedere, un argument îl constituie natura juridică specifică a contractului de credit, respectiv faptul că astfel de contracte sunt încheiate *intuitu personae*. În măsura în care reținem că aceste contracte se încheie în considerarea calității părților, creanța nu mai poate fi cesionată [18]. Fără îndoială că toate contractele de credit sunt încheiate ca urmare a analizei cocontractantului, din perspectiva

[18] I. Reghini, *op. cit.*, p. 160; pentru o opinie diferită, potrivit căreia contractele *intuitu personae* nu sunt sustrase aprioric posibilității de a fi cedate, a se vedea J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 278.

băncii, a bonității clientului şi a garanțiilor oferite, iar din partea clientului a costului creditului sau al serviciului oferit, acesta fiind diferit de la o bancă la alta.

Nu fără importanță în conturarea unei punct de vedere față de problematica analizată este şi fenomenul de publicizare a dreptului bancar. Legătura din ce în ce mai strânsă a dreptului bancar cu dreptul public este rezultatul interesului deosebit pe care îl reprezintă pentru orice stat activitățile permise instituțiilor de credit.

Procesul de publicizare este dedus din[19]:

1. regimul de autorizare, reglementare şi supraveghere prudențială[20] a instituțiilor de credit exercitat de Banca Națională a României; astfel, chiar dacă banca centrală este o instituție publică independentă, realizarea obiectivului său fundamental antrenează şi exercițiul acestei atribuții principale, ce intră în sfera sa de competență;

2. caracterul imperativ al dispozițiilor actelor normative din domeniul bancar, acesta fiind expresia unei hiper-reglementări, atipică pentru dreptul comercial, însă justificată de interesul public al stabilității sistemului bancar[21];

3. monopolul[22] instituit cu privire la desfăşurarea activităților bancare.

Monopolul asupra acestor elemente se justifică dacă avem în vedere interesul clientelei şi necesitatea protecției acesteia, ce reclamă ca astfel de operațiuni să fie efectuate doar de entități care

---

[19] L. Smarandache, *Noțiuni introductive*, în L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 19.

[20] Pentru opinia potrivit căreia controlul pe care îl realizează statul prin intermediul băncii centrale are ca scop influențarea comportamentului instituțiilor de credit pentru a atinge astfel obiectivele politicii monetare şi valutare, precum şi supravegherea normală a instituțiilor de credit, a se vedea I. Silberstein, *Banca Națională a României în perspectiva unei bănci centrale în cadrul Sistemului European al Băncilor Centrale*, în Revista de drept bancar şi financiar nr. 1/2006, pp. 13-18.

[21] L. Bercea, *Statutul dreptului bancar*, în Revista de drept comercial nr. 6/2003, p. 134.

[22] A nu se confunda cu sensul noțiunii de monopol de stat, în accepțiunea Legii nr. 31/1996 privind regimul monopolului de stat.

oferă siguranță[23]. Altfel spus, în considerarea interesului public, legea a rezervat, după caz, anumite denumiri şi operațiuni exclusiv instituțiilor de credit, deoarece acestea asigură suficiente garanții.

Monopolul este concretizat în interdicțiile consacrate normativ în domeniul bancar. El are ca prelungire normală exercitarea unui control public asupra constituirii instituțiilor de credit şi asupra desfăşurării activității ce constituie obiectul de activitate autorizat al acestor entități. Totuşi, o analiză a situațiilor amintite evidențiază intenția de a evita aplicarea monopolului bancar într-o manieră absolută, reglementările în vigoare consacrând o serie de excepții.

### 2. Pierderea caracterului de titlu executoriu ca urmare a rezilierii contractului de credit bancar

În multe contracte de credit bancar regăsim clauza-tip conform căreia, în urma neexecutării obligației de plată de către debitor, banca poate declara scadența anticipată a contractului şi rezilierea acestuia.

Într-o astfel de ipoteză, se impune a se analiza legalitatea executării silite încuviințate în baza respectivelor contracte de credit ce au fost reziliate.

Unele instanțe de judecată[24], chiar dacă s-au pronunțat în privința altor contracte, respectiv a unor contracte de leasing (însă apreciem că acest fapt nu schimbă cu nimic problematica pusă în discuție), au apreciat că executarea silită declanşată în temeiul unui contract declarat reziliat sau a unui contract accesoriu acestuia (prin care se constituie garanții pentru executarea obligațiilor rezultate din primul contract) este o executare silită pornită fără să existe un titlu executoriu din moment ce, anterior începerii executării, contractul a fost reziliat în temeiul pactului comisoriu expres de ultim grad.

---

[23] A se vedea, I. Turcu, T.B. Enoiu, *Recenta reformă legislativă în domeniul activității bancare (I)*, în Revista de drept comercial nr. 3/2004, p. 15.

[24] Trib. Dolj, S. a II-a civ., dec. nr. 438 din 2 iulie 2012 şi dec. 439 din 2 iulie 2012, nepublicate.

Alte instanțe de judecată[25], referindu-se la aceeași problemă, motivează că nelegalitatea executării silite astfel începute este întemeiată pe dispozițiile art. 1021 C. civ. 1864, conform căruia partea care și-a îndeplinit obligațiile contractuale are alegerea sau să oblige cealaltă parte de a executa convenția, dacă este posibil, sau să ceară desființarea convenției, cu daune-interese.

Așadar, în condițiile rezilierii contractului pentru neplata ratelor, executarea silită poate fi considerată nelegală dacă este pornită în baza aceluiași contract de credit sau în temeiul unui contract accesoriu acestuia (contract de garanție reală sau personală)[26].

Cum consecința este desființarea contractului pentru viitor de la momentul declarării rezilierii, actul juridic nu își mai produce efectele față de părți, acestea nemaifiind ținute de obligațiile asumate prin contract; singurele obligații care nu sunt afectate de reziliere sunt cele deja scadente la data declarării.

Raportat la soluțiile pronunțate de instanțele de judecată, una dintre rezolvările identificate de instituțiile de credit a fost inserarea unei clauze în contract, care prevede că în caz de nerespectare a obligației de plată conform înțelegerii părților are loc declararea scadenței anticipate a întregului credit acordat, însă fără rezilierea contractului. Într-o atare situație, executarea silită se poate face, cel puțin din punct de vedere formal, în temeiul titlului executoriu reprezentat de contractul de credit și prevederilor art. 372 C. pr. civ. 1865 și ale art. 632 C. pr. civ. actual.

A oferi o soluție sub acest aspect nu este la adăpostul criticilor, întrucât, pe de o parte, se poate reține că un contract de credit constituie titlu executoriu numai dacă acesta este în ființă la momentul încuviințării executării silite. Cu toate acestea, art. 120

[25] Jud. Vaslui, sent. civ. nr. 83 din 7 aprilie 2012.

[26] Interpretarea în acest sens poate deveni și mai problematică dacă ținem cont că există chiar prevederi legislative (art. 20 din Legea nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare) care prevăd rezilierea de drept a contractului în cazul neîndeplinirii obligației de plată, reziliere care în aceste cazuri dobândește caracter legal.

din O.U.G. nr. 99/2006, referindu-se la caracterul de titlu executoriu al contractului, nu-l limitează temporal. Pe de altă parte, în identificarea efectelor în caz de reziliere şi rezoluţiune, se reţine că plata daunelor-interese la care s-a obligat debitorul nu constituie un efect al rezoluţiunii sau rezilierii, ci, dimpotrivă, al contractului[27].

Totodată, nu se poate susţine că şi în situaţia rezilierii contractului valoarea de titlu executoriu a acestuia se menţine, odată ce o astfel de interpretare nu are un temei legal; dimpotrivă, putem identifica în noul Cod civil o serie de dispoziţii care susţin punctul de vedere al practicii judiciare precizate. Astfel, contractul reziliat încetează doar pentru viitor (art. 1.554), iar art. 2.165 stabileşte în materia împrumutului de consumaţie că un astfel de contract constituie titlu executoriu în cazul încetării prin decesul împrumutatului sau la expirarea termenului.

## II. Invocarea clauzelor abuzive în contestaţia la executare împotriva contractului de credit bancar

În analiza acestei situaţii, avem în vedere următoarea speţă: banca majorează rata dobânzii, motivând acest demers prin faptul că a avut pierderi pe alte pieţe şi trebuie să echilibreze situaţia la nivel general; în contract este prevăzută o clauză conform căreia în caz de refuz al împrumutatului cu privire la noile condiţii de calcul al dobânzii, urmează a fi declarată scadenţa anticipată a creditului; clientul achită respectiva dobândă o perioadă mare de timp, deşi indicele de referinţă al EURIBOR scăzuse până la 1%; ulterior, deşi banca revine la cuantumul iniţial al dobânzii, totuşi clientul nu mai achită ratele conform graficului de plăţi, astfel că banca declară scadenţa anticipată a creditului şi trece la executarea silită a garanţiei.

În cazul introducerii de către împrumutat a unei contestaţii la executare, se pune problema posibilităţii acestuia de a invoca pe

[27] V. Stoica, *Rezoluţiunea şi rezilierea contractelor civile*, Ed. All, Bucureşti, 1997, p. 165.

această cale faptul că vreme de mai mulți ani a plătit o dobândă mult mai mare decât cea prevăzută inițial în contract (şi la care s-a revenit ulterior), deşi contractul de credit era cu dobândă fixă, arătată în cuprinsul acestuia la momentul semnării.

Scopul debitorul ar fi să obțină pe calea contestației la executare o scădere din suma solicitată de bancă la momentul declarării scadenței anticipate a sumei totale plătită în plus prin suplimentarea dobânzii. O astfel de posibilitate există pe tărâmul clauzelor abuzive, având în vedere că se referă la perceperea de către bancă a unor sume suplimentare, cu titlu de dobândă, ca urmare a modificării unilaterale a ratei acesteia şi prin raportare la clauza ce prevede scadența anticipată în caz de refuz.

Temeiul în care au fost calculate sumele de bani cu titlu de dobândă, într-un cuantum majorat, îl constituie clauza contractuală ce-i conferă posibilitatea băncii de a modifica rata dobânzii în funcție de anumite criterii; declararea scadenței anticipate, ca sancțiune în caz de neplată a dobânzii majorate, este de natură a forța clientul să o achite. Cele două prevederi astfel coroborate constituie clauze abuzive în sensul Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesionişti şi consumatori, iar atât timp cât acestea fac parte integrantă din titlul executoriu şi, mai mult, determină cuantumul total al debitului pentru care s-a început executarea silită, legalitatea lor ar putea fi pusă în discuție în cadrul unei contestații la executare prin care se aduc apărări de fond împotriva titlului executoriu.

### III. Declararea scadenței anticipate ca urmare a diminuării garanțiilor accesorii contractului de credit bancar

În speță, între părți a intervenit un contract de împrumut pe o anumită perioadă de timp, împrumutul fiind garantat prin ipotecarea a două imobile.

Asupra unuia dintre aceste imobile a fost începută executarea silită de către un alt creditor – beneficiar al unei ipoteci de rangul I, situație în care banca s-a prevalat de clauzele înscrise în contractul

de credit, a declarat creditul scadent anticipat, a învestit contractul de credit cu formulă executorie, procedând la executarea silită a celuilalt imobil.

Instanța de fond a reținut în acest caz că banca are dreptul să verifice respectarea destinației creditului aprobat, „existența permanentă şi integrală a garanțiilor şi asigurarea acestora", şi că nerespectarea acestei clauze dă băncii dreptul de a retrage creditul înainte de scadență.

În favoarea băncii poate fi adus argumentul că existența garanțiilor în cuantumul respectiv la semnarea contractului a fost o condiție de eligibilitate a debitorului pentru acordarea finanțării.

Or, prin diminuarea acestor garanții, se poate considera că debitorul şi-a pierdut statutul de persoană eligibilă pentru un astfel de împrumut. Această apreciere ține strict de persoana debitorului, aşadar şi culpa pentru diminuarea garanției o poartă tot acesta, deoarece era dator să îşi protejeze patrimoniul spre a nu se ajunge la dăunarea intereselor creditorilor săi.

Ulterior, instanța de recurs[28] a statuat că împrejurarea ca unul sau mai mulți creditori ai apelantei, în recuperarea propriilor creanțe, au început executarea silită asupra unor bunuri proprietatea acesteia, bunuri care fac obiectul obligației de garanție, nu constituie o activitate culpabilă a debitorului, deoarece nu prin fapta respectivă s-a adus atingere garanțiilor oferite prin contract. În consecință, în mod neîntemeiat i s-a imputat debitorului nerespectarea obligațiilor contractuale. Analiza instanței de recurs scoate în evidență şi riscul asumat de către bancă în momentul în care a acceptat ca garanție înscrierea unei ipoteci de rang inferior. La acel moment putea fi prevăzută situația pornirii unei executări silite de către creditorul de rang prioritar.

Or, în aceste condiții, instanța nu consideră că mai poate fi vorba de culpa debitorului, atâta timp cât acesta a dus imobilul în garanție într-o stare care, deşi nefavorabilă băncii, a fost acceptată de aceasta. Mai mult, nu se poate reține o diminuare a garanției care să ducă la declararea scadenței anticipate în sensul

[28] C. Ap. Cluj, dec. civ. nr. 202 din 24 octombrie 2008.

prevederilor contractuale, atâta timp cât această diminuare nu a fost rezultatul acțiunii directe a debitorului, vânzarea imobilului făcându-se într-o procedură de executare silită.

## IV. Lipsa caracterului de titlu executoriu al contractului de credit bancar

### 1. Lipsa caracterului de titlu executoriu al contractului de credit bancar față de garanți

Executarea silită trebuie pornită față de fidejusor în baza contractului de garanție, şi nu a contractului de credit. Pe de altă parte, semnarea contractului de credit de către fidejusori nu echivalează cu exprimarea consimțământului privind acordarea împrumutului către debitorul principal.

În acest sens s-a pronunțat Înalta Curte de Casație şi Justiție[29], statuând că:

- semnarea contractului de împrumut de către garanți nu are semnificația unui consimțământ dat pentru acordarea împrumutului debitorului principal, ca o condiție intrinsecă de valabilitate a contractului de împrumut, ci atestă numai o obligație de garantare a împrumutului, obligație asumată prin contractele de garanție accesorii față de contractul de împrumut;

- vicierea consimțământului garanților semnatari ai contractului de împrumut nu este de natură să conducă la nulitatea împrumutului în ceea ce priveşte raporturile dintre creditor şi debitorul principal, ci are ca efect nulitatea garanțiilor constituite, obligația principală rămânând pe deplin valabilă, dar lipsită de garanții.

### 2. Încheierea contractului înainte de intervenirea modificărilor legislative care confereau contractului de credit bancar caracter de titlu executoriu

În baza unui contract de credit încheiat în 1997 şi a garanției reale imobiliare accesorie acestuia, banca a început executarea

[29] ÎCCJ, S. com., dec. nr. 3628/2010.

silită imobiliară prin învestirea cu formulă executorie a contractului.

Or, în această ipoteză contractul de credit este un simplu înscris sub semnătură privată, nefiind nici înscris autentic, nici titlu executoriu, deoarece a fost încheiat în 1997, anterior Legii bancare nr. 58/1998 (actul normativ în vigoare la acea dată şi abrogat prin O.U.G. nr. 99/2006), ce prevede că sunt titluri executorii contractele de credit bancar.

Referindu-se la lipsa caracterului de titlu executoriu ca motiv de anulare a executării silite, instanța[30] reține că acesta nu ar fi întemeiat, deoarece prevederile art. 56 alin. (2) din Legea bancară nr. 58/1998 atribuiau valoare de titlu executoriu oricărui contract de credit bancar, indiferent de momentul încheierii lui. Întrucât legea nu distinge, se aplică principiul potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să o facă, ceea ce înseamnă că respectivul contract de credit are caracter de titlu executoriu.

Mai mult, se arată că dispozițiile art. 56 alin. (2) din Legea nr. 58/1998 reprezintă norme privind executarea silită, iar în această materie se aplică normele în vigoare în momentul executării silite a actelor juridice, independent de legea în vigoare la momentul încheierii lor.

În plus, se mai arată că dispozițiile legale nu creează şi nu modifică drepturile şi obligațiile părților asumate prin contractele de credit anterioare intrării lor în vigoare. Art. 56 alin. (2) din Legea bancară nr. 58/1998 crea pentru creditor un mijloc în plus de valorificare a creanței sale, dar aceasta nu înseamnă modificarea sau îngreunarea situației contractuale a debitorului, deoarece în materie contractuală operează principiul executării voluntare a obligațiilor asumate.

Această problemă a fost lămurită prin Decizia XIII din 20 martie 2006 a Înaltei Curți de Casație şi Justiție – Secțiile Unite care, în esență, reține că:

*„(...) prevederile legale care recunosc valoarea de titlu executoriu unor înscrisuri, fie că sunt cuprinse în Codul de*

---

[30] Jud. Sectorului 3 Bucureşti, sent. civ. nr. 1835/2004.

*procedură civilă, fie în legi speciale, au caracter de norme procedurale referitoare la executarea silită. Acest caracter trebuie avut în vedere chiar dacă în momentul naşterii raportului juridic de drept material nu exista o dispoziţie legală care să-i confere calitate de titlu executoriu înscrisului constatator al convenţiei dintre părţi. Mai întâi, pentru motivul că, în materie contractuală, sunt supuse reglementării date prin legea în vigoare în momentul încheierii contractului numai condiţiile necesare valabilităţii naşterii raportului juridic, precum şi conţinutul său juridic, înţeles ca sumă de drepturi şi obligaţii corelative pe care părţile şi le-au asumat sau care le erau impuse de legea în vigoare în momentul respectiv. Or, textul art. 79 alin. (2) din Legea nr. 58/1998 nu distinge în raport de momentul în care a luat naştere raportul juridic de drept bancar şi nici nu aduce vreo atingere drepturilor private determinate prin contractele de credit bancar valabil şi definitiv încheiate sub imperiul legii vechi. De altfel, acţiunea legii noi în sensul arătat este dictată şi de situarea textului în materia normelor executării silite care, ca norme de procedură, nici nu retroactivează şi nici nu supravieţuiesc, ci sunt de imediată aplicare. Mai mult, procedura de executare silită fiind de ordine publică, rezultă existenţa unei situaţii juridice obiective legale, cu privire la care orice lege nouă are un efect imediat".*

BCU IAŞI / CENTRU VECHI

# POZIȚIA CREDITORULUI BANCAR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

*Prof. univ. dr. **Radu BUFAN***
*Facultatea de Drept*
*Universitatea de Vest din Timişoara*

*Dr. **Florentina FOLEA***
*Avocat*

***Abstract:*** *This paper analyzes some problems that occurred in the insolvency procedure practice in relation to the position and rights of the secured creditors and especially of the banking ones. While revealing some inadequacies and uncertainties of the current law, the authors insist on a balanced and fair treatment that does not cause excessive protection of the secured creditors to the detriment of the unsecured ones.*

***Keywords:*** *insolvency procedure, secured creditor, unsecured creditor, credit facility agreement*

***Rezumat:*** *Lucrarea analizează unele probleme apărute în practica procedurii insolvenței în legătură cu poziția și drepturile creditorilor garantați și, în special, a celor bancari. Relevând unele imperfecțiuni și neclarități ale legii actuale, autorii insistă asupra unui tratament echilibrat și echitabil, care să nu conducă la o protecție excesivă a creditorilor garantați în dauna celor chirografari.*

***Termeni-cheie:*** *procedura insolvenței, creditor garantat, creditor chirografar, facilitate de credit*

Indispensabil comercianților, creditul a devenit motorul economiei. Creditorul este cel care acordă încrederea sa debitorului, încredere întărită, de regulă, de garanțiile acordate de lege (privilegiile) sau de contractele accesorii operațiunii principale (fidejusiuni, ipoteci, gajuri etc.).

Acordat cu precădere de instituțiile financiar-bancare, creditul este definit de Codul monetar şi financiar francez (L. 313-I)[1] astfel: „constituie o operațiune de credit actul prin care o persoană care acționează cu titlu oneros pune sau promite să pună la dispoziția unei alte persoane fonduri băneşti, angajament scris însoțit de un aval, cauțiune sau garanție. Sunt asimilate operațiunilor de credit cele de leasing şi, la modul general, toate operațiunile de locațiune însoțite de o opțiune de cumpărare".

Noul Cod civil român defineşte prin art. 2.193 facilitatea de credit ca fiind contractul prin care o instituție de credit, o instituție financiară nebancară sau orice altă entitate autorizată prin lege specială, denumită finanțator, se obligă să țină la dispoziția clientului o sumă de bani pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată.

Clasificarea formelor în care creditarea poate avea loc se realizează, de regulă, în funcție de finalitatea urmărită sau de durata creditului. Astfel, se disting, spre exemplu, credite destinate asigurării nevoilor de exploatare ale întreprinderii, credite pentru efectuarea investițiilor sau credite de consum pentru persoanele fizice. Pe de altă parte, „bancherii fiind persoane cu multă imaginație, tehnicile de creditare utilizate sunt originale într-o asemenea măsură încât devine dificil a le plia pe tiparele recunoscute de dreptul civil. Astfel, unele contracte de credit se modelează pe regimul juridic aplicabil împrumutului (spre exemplu, emisiunea de obligațiuni în care emitentul se împrumută de la obligatari), în timp ce altele nu pot fi calificate ca împrumuturi (cazul subvențiilor care nu sunt altceva decât ajutoare financiare din partea autorităților publice pentru sprijinirea unor persoane private care desfăşoară activități de interes general)"[2].

[1] Pentru detalii privind regimul juridic al contractului de credit în dreptul francez, a se vedea A. Hess-Fallon, A-M. Simon, *Droit des affaires*, 18e éd., Dalloz, Paris, 2009, pp. 355-387.

[2] F.C. Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, Paris, 2011, p. 812.

**1. Regimul contractelor de credit bancar în contextul deschiderii procedurii insolvenței împotriva beneficiarului împrumutului**

Deschiderea procedurii insolvenței găseşte adesea debitorul angrenat în contracte de credit cu privire la care întâmpină dificultăți în achitarea la scadență a ratelor ori acumulează deja un număr semnificativ de rate neplătite.

Actuala lege a insolvenței (Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței) cuprinde o singură prevedere cu referire expresă la contractele de credit, şi anume art. 86 alin. (3) care dispune că „pe parcursul perioadei de observație, cu acordul cocontractanților, administratorul judiciar va putea *menține* contractele de credit sau va putea să le *modifice* clauzele, astfel încât acestea să asigure echivalența viitoarelor prestații (s.n.)".

Formularea textului acestui articol este însă defectuoasă, în condițiile în care din cuprinsul acestuia ar rezulta că, fără acordul cocontractantului, contractul nu ar putea fi menținut, ceea ce vine în contradicție cu norma de principiu instituită de art. 86 alin. (1) din Legea insolvenței, potrivit căreia toate contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii.

Apreciem că acordul cocontractantului este necesar doar cu privire la modificarea clauzelor contractuale, şi nu în ceea ce priveşte menținerea contractului care se realizează de drept, ca efect al aplicării art. 86 alin. (1). Aceasta reprezintă, de altfel, şi singura ipoteză reglementată de lege care permite modificarea contractelor continuate, însă doar cu acordul contractantului.

În legătură cu calificarea contractului de credit ca fiind în curs la data deschiderii procedurii, au existat mai multe opinii.

Astfel, s-a apreciat[3] că acest contract nu ar fi în curs dacă fondurile au fost integral vărsate împrumutatului înainte de deschiderea procedurii. Faptul că obligația de rambursare intervine după deschiderea procedurii nu modifică această soluție. Mai mult, fracțiunile de credit deblocate înainte de deschiderea

[3] P.-M. le Corre, *Droit des entreprises en difficulté*, 3e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 238.

procedurii reprezintă creanțe anterioare. *Per a contrario*, dacă creditul nu a fost integral deblocat înainte de deschiderea procedurii, contractul este în curs pentru fracțiunea nedeblocată la acea dată.

O altă problemă care se ridică este aceea de a se stabili dacă scadența anticipată a unui credit poate fi declarată pe motiv că a fost deschisă procedura insolvenței. Astfel de clauze sunt frecvent întâlnite în contractele de credit. Textul art. 86 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 sancționează cu nulitatea clauzele contractuale prin care se prevede desființarea unui contract ca urmare a deschiderii procedurii împotriva uneia dintre părți. Față de prevederea legală generală, în doctrină[4] s-a arătat că, în condițiile în care sancțiunea care intervine nu este desființarea contractului de credit, ci doar posibilitatea pe care banca o are de a decădea debitorul din beneficiul termenului, aceasta nu ar echivala automat cu desființarea contractului, sens în care o asemenea clauză ar putea fi considerată valabilă.

Considerăm această interpretare ca nefiind corectă, deoarece lipsirea de beneficiul termenului produce în cazul contractului de credit aceleaşi efecte ca şi în cazul desființării contractului, lipsind debitorul de facilitățile de care dispunea anterior deschiderii procedurii şi oferind creditorului o exonerare de la onorarea propriilor obligații, indiferent de opțiunea exercitată de administratorul judiciar sau lichidator.

Pe de altă parte, noul Cod civil român (art. 2.195) prevede o autorizare de principiu a băncii de a denunța unilateral contractul de facilitate de credit înainte de împlinirea termenului, pentru motive temeinice care privesc beneficiarul facilității. Desigur că intrarea acestuia în procedura insolvenței poate fi considerată ca fiind un motiv temeinic de natură să determine banca să adopte o asemenea măsură, însă apreciem că distincțiile făcute cu privire la prioritatea legii speciale rămân valabile chiar prin raportare la noul text legal.

---

[4] St. Dumitru, A.O. Dumitru, *Principalele modificări aduse Legii privind procedura insolvenței prin Legea nr. 277/2009*, în Revista de Insolvență Phoenix nr. 30/2009, p. 9.

În măsura în care declararea scadenței anticipate a facilității de credit nu se datorează, însă, deschiderii procedurii insolvenței, ci nerespectării de către beneficiarul împrumutului a obligațiilor asumate contractual, respectiv neplății ratelor scadente anterior deschiderii procedurii, creditorul bancar va fi îndrituit să facă aplicarea clauzelor contractuale care îi permit declararea creditului scadent anticipat, formulând, în consecință, o cerere de admitere a creanței împotriva debitorului pentru întreaga sumă datorată.

**2. Dreptul de vot aferent creanțelor bancare nescadente**

Creanțele deținute de creditorul bancar asupra averii debitorului, rezultând dintr-o facilitate de credit neajunsă la scadență şi, respectiv, nedeclarată scadentă anticipat la momentul deschiderii procedurii, vor fi înscrise provizoriu la masa credală, în categoria creanțelor nescadente, conform prevederilor art. 64 alin. (4) din Legea nr. 85/2006.

Înscrierea provizorie a creanțelor nescadente nu afectează dreptul creditorului de a-şi exprima votul în cadrul procedurii, această concluzie rezultând din interpretarea coroborată a art. 64 alin. (4) şi art. 64 alin. (5) din Legea insolvenței, făcându-se, totodată, distincția între cele două modalități ale actului juridic: termenul şi condiția.

Astfel, teza enunțată de art. 64 alin. (4) din Legea nr. 85/2006 priveşte creanțele nescadente, respectiv creanțele afectate de modalitatea termenului suspensiv. Existența acestora este certă la momentul deschiderii procedurii insolvenței, ele fiind afectate doar de termen ca eveniment viitor şi sigur că se va produce. Prin urmare, singura restricție de tratament impusă de legiuitor acestor creanțe este cea de limitare a dreptului de a participa la distribuiri, sumele cuvenite acestor creditori urmând a fi provizionate cu ocazia distribuirilor parțiale, conform art. 127 din Legea insolvenței.

În ceea ce priveşte teza enunțată de art. 64 alin. (5), aceasta vizează creanțele afectate de modalitatea condiției suspensive, respectiv acele creanțe care nu există până la momentul

îndeplinirii evenimentului viitor şi nesigur sub aspectul producerii reprezentat de condiția suspensivă. Doar acestor creanțe le este restricționat atât dreptul de a participa la distribuiri de sume, cât şi dreptul de vot, în mod firesc, de altfel, în condițiile în care aceste creanțe nu există până la momentul realizării condiției suspensive.

În doctrina recentă[5] a fost susținută această interpretare, menționându-se că, în mod frecvent, confuzia cu privire la îndrituirea sau nu a creanțelor nescadente de a vota provine din formularea textului legal care face trimitere la înregistrarea provizorie a creanțelor în tabelul de creanțe. Astfel, atât creanțele afectate de condiție, cât şi cele afectate de termen, deci nescadente, se vor înregistra provizoriu la masa credală, însă înregistrarea provizorie afectează doar dreptul de a participa la distribuiri de sume în cadrul procedurii şi dreptul de vot. S-a arătat, de asemenea, că această interpretare este susținută şi de jurisprudență, care a statuat în sensul că, „şi dacă s-ar considera că banca are o creanță nescadentă, afectată de termenul suspensiv, această categorie permite creditorului drept de vot nealterat şi nelimitat, în timp ce creanța sub condiție plasează incertitudinea asupra însăşi existenței sale"[6].

Apreciem ca fiind pozitivă propunerea *de lege ferenda* de clarificare a regimului acestor creanțe prin includerea în art. 73 alin. (3) din viitorul Cod al insolvenței a unei noi prevederi potrivit căreia „creanțele înscrise provizoriu vor avea toate drepturile prevăzute de lege cu excepția dreptului de a încasa sumele propuse spre distribuire. Acestea se vor consemna în contul unic până la definitivarea creanței".

### 3. Dreptul de vot aferent creanțelor bancare în cazul debitorilor solidari

În procesul de constituire a garanțiilor accesorii facilității de credit acordate anterior deschiderii procedurii insolvenței,

[5] S.-M. Miloş, *Creanțele sub condiție suspensivă* versus *creanțele nescadente. Dreptul de a participa în procedura insolvenței*, în Revista de Insolvență Phoenix nr. 38/2011, p. 6.

[6] CAB, dec. nr. 126 din 25 ianuarie 2011.

creditorul bancar impune, în mod uzual, beneficiarului împrumutului prezentarea unor garanți solidari, cel mai adesea codebitori sau fidejusori.

Solidaritatea codebitorilor reprezintă o garanție eficientă de rambursare a sumei împrumutate şi a accesoriilor aferente, în condițiile în care fiecare dintre aceştia răspunde pentru întreaga datorie fără a avea posibilitatea de a impune creditorului începerea urmăririi de la un alt debitor (beneficiul de discuțiune) ori divizarea creanței între debitorii urmăriți (beneficiul de diviziune).

Intrarea unuia dintre debitori în procedura insolvenței acordă creditorului dreptul de a-şi înscrie creanța în toate tabelele de creanțe ale debitorilor cu valoarea nominală, până când aceasta va fi complet acoperită, în condițiile art. 70 din Legea insolvenței.

Prin acelaşi articol se arată că dacă totalul sumelor distribuite creditorului, în toate acțiunile cu debitorii, va depăşi totalul sumei care îi este datorată, creditorul va avea obligația de a restitui sumele primite în plus, care vor fi reînscrise ca fonduri în averea debitorului, proporțional cu sumele pe care fiecare dintre debitori le-a plătit peste ceea ce era datorat.

În ipoteza în care, însă, atât debitorul principal, cât şi codebitorul solidar sau fidejusorul se găsesc în procedura insolvenței, apreciem că drepturile acordate creditorului bancar nu pot excede cadrului instituit de legea specială, şi anume dreptul de încasare a creanței. În consecință, este abuziv ca acel creditor să voteze în toate procedurile cu întreaga valoare a creanței, o astfel de multiplicare a dreptului de vot neavând nicio bază rațională. O altă interpretare ar conduce la concluzia că acelaşi creditor ajunge să controleze mai multe proceduri de insolvență în baza aceleiaşi creanțe, acționând în urmărirea propriului interes şi în detrimentul creditorilor legal îndreptățiți să participe la fiecare dintre respectivele proceduri de insolvență.

Practica arată că fenomenul este destul de frecvent, banca creditoare devenind dirijorul mai multor proceduri. Într-o speță, creditorul bancar ce acordase finanțare unei societăți din domeniul prelucrării de material lemnos şi care a ajuns în stare de insolvență şi-a impus votul şi în cadrul procedurii de insolvență a unei

societăți afiliate – debitor solidar. Mai mult, în condițiile în care cea de-a doua societate deținea, la rândul ei, o creanță asupra debitorului principal, banca a forțat exprimarea unui vot similar şi de către practicianul în insolvență ce reprezenta această societate, creându-se, astfel, o majoritate nereală şi contrară intereselor creditorilor legal îndreptățiți să participe la procedura insolvenței.

Considerăm, în aceste condiții, că dreptul de vot al băncii creditoare trebuie restrâns doar la procedura debitorului principal; o soluție alternativă ar fi ca acel creditor să poată alege o procedură –, dar una singură – în care să poată vota.

În caz contrar, sunt îndeplinite cerințele art. 15 C. civ. referitoare la abuzul de drept: drepturile creditorilor garantați sunt exercitate într-un mod excesiv şi nerezonabil raportat la litera şi spiritul reglementării.

### 4. Înscrierea creanțelor bancare în tabelul creanțelor la nivelul garanțiilor constituite

Creanțele bancare au, în majoritatea covârşitoare a cazurilor, caracterul unor creanțe garantate. Potrivit art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea garanției stabilită prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau lichidator.

În ipoteza în care valoarea garanțiilor stabilită prin evaluare este inferioară valorii creanței garantate, creditorul bancar va fi înregistrat cu creanța corespunzătoare părții negarantate a creanței în categoria creanțelor chirografare, urmând ca eventuala diferență pozitivă rezultată în urma valorificării bunurilor să îi revină tot acestuia, pentru acoperirea întregii creanțe principale şi a accesoriilor acesteia.

Apreciem că aplicarea acestei norme legale riscă să rămână lipsită de eficiență practică, în primul rând dată fiind poziția constantă a creditorilor bancari, care solicită înscrierea întregului cuantum al creanțelor în categoria creanțelor garantate, contestând orice concluzii ale evaluărilor realizate de practicianul în insolvență, în măsura în care acestea ar fi de natură să conducă la diminuarea părții garantate a creanțelor din tabel.

Considerăm că aplicarea acestei norme ar fi de natură să creeze creditorului garantat mai puțin diligent, respectiv celui care nu şi-a constituit garanții îndestulătoare, o situație privilegiată, în sensul că acesta ar putea ajunge să controleze atât categoria creanțelor garantate, cât şi pe cea a creanțelor chirografare, cu impact important mai ales cu ocazia votării planului de reorganizare.

Într-o speță, creditorul bancar care şi-a înscris întreaga creanță ca fiind garantată a votat împotriva planului de reorganizare, considerând că, deşi primeşte doar 56% din creanță – la nivelul garanției – se încalcă textul art. 96 alin. (2) din Legea insolvenței, care dispune că are dreptul la acelaşi tratament ca şi creditorul garantat care primeşte 100% din creanță, deoarece are garanții care acoperă 100% din creanță.

În opinia noastră, reglementarea de la art. 96 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, care face referire la „acelaşi tratament" presupune, în cazul creditorilor garantați, că fiecare creditor va primi suma ce ar rezulta din valorificarea bunurilor asupra cărora poartă garanția sa. Între creditorii garantați, „acelaşi tratament" se manifestă practic sub forma aceluiaşi mecanism de calcul, în sensul că ei vor avea calitatea de creditor garantat cu privire la valoarea bunului ce rezultă din raportul de evaluare, iar, în situația în care această valoare nu acoperă în întregime cuantumul creanței, cu privire la acest excedent vor avea calitatea de creditori chirografari, astfel cum se prevede la art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. De asemenea, tot acelaşi mecanism de calcul va fi respectat în situația în care valorificarea activelor garantate se va realiza sub valoarea stabilită în raportul de evaluare. Prin urmare, astfel trebuie să fie înțeleasă cerința respectării *„aceluiaşi tratament pentru fiecare creanță din cadrul unei categorii distincte"*. Tratamentul creanțelor este acelaşi, în sensul că toată valoarea neacoperită ca urmare a valorificării garanțiilor trece în categoria creanțelor chirografare până la concurența întregii creanțe, dar sumele şi procentele vor fi diferite datorită caracterului complementar al acestei evaluări față de cea din categoria creanțelor garantate.

De asemenea, vânzarea bunului garantat la o valoare superioară celei rezultate din evaluare ar determina „recalificarea" întregii creanțe drept garantată, însă efectul produs de votul exprimat în categoria creanțelor chirografare va rămâne valabil.

În ceea ce privește accesoriile creanței garantate, acestea vor putea fi calculate numai sub condiția ca prețul obținut în urma vânzării bunului afectat garanției să fie mai mare decât valoarea inițială a acestuia. Dacă prețul a fost inferior estimării valorice inițiale, la distribuirea lui se va ajusta corespunzător partea garantată a creanței și partea rămasă negarantată.

**5. Rangul de prioritate al garanțiilor. Prioritatea absolută a împrumuturilor acordate în reorganizare**

Conform dispozițiilor art. 124 din Legea nr. 85/2006, sumele de distribuit între creditori în același rang de prioritate vor fi acordate proporțional cu suma alocată pentru fiecare creanță.

Deși textul legal nu comportă, aparent, dificultăți de interpretare, unele instanțe de judecată, făcând o confuzie vădită între noțiunile de „categorie de creanțe" și „rang de prioritate", au dispus ca, în cazul unor bunuri garantate în favoarea unor creditori ipotecari de rang 1 și 2, distribuția sumelor obținute din vânzarea bunurilor să se realizeze proporțional între cei doi creditori, deși inscripția ipotecară a creditorului de rang 1 beneficiază de prioritatea instituită de art. 2.345 din noul Cod civil.

Or, în condițiile în care data inscripției sau înscrierii în cartea funciară conferă și rangul ipotecii, creditorul care a acționat diligent și și-a asigurat încasarea creanței prin instituirea unei garanții reale imobiliare este firesc să fie plătit cu prioritate și doar după îndestularea acestuia să se procedeze la achitarea sumelor datorate creditorilor de rang inferior.

Singura ipoteză, excepțională, reglementată de Legea nr. 85/2006, ca lege specială, este cea din art. 121 alin. ($1^1$), care instituie prioritatea creanțelor creditorilor garantați născute în timpul procedurii de insolvență după confirmarea planului de reorganizare ca parte componentă a acestui plan, în raport cu creanțele creditorilor

garantați născute înainte de deschiderea procedurii. Această excepție de la ordinea de prioritate dată de rangul creanței reprezintă un mijloc real de încurajare a potențialilor investitori şi de asigurare a finanțării planului de reorganizare.

### 6. Locul creditelor acordate ulterior deschiderii procedurii în economia art. 123 din Legea nr. 85/2006

Propunerea legislativă inițială, la elaborarea Legii nr. 85/2006, era ca aceste creanțe să figureze, împreună cu toate creanțele „rezultând din continuarea activității debitorului" în rangul 2 de prioritate, înaintea creanțelor izvorâte din raporturi de muncă.

În practică, în celebra speță *ARO Câmpulung*, la masa credală figurau circa 1.000 de persoane ce solicitau plata a 5-10 salarii compensatorii, sumă care, ajungând la ordinul milioanelor de euro, a descurajat orice încercare de creditare în timpul insolvenței. Soluția *de lege ferenda* poate fi de menținere a actualei ordini de prioritate, însă cu limitarea cuantumului sumelor admisibile per salariat la rangul 2 de prioritate.

În concluzie, apreciem că legea trebuie să instituie în mod expres un tratament corect şi echitabil atât creditorilor, cât şi debitorului de bună-credință. În ceea ce priveşte raporturile dintre diferitele categorii de creditori, protecția creditorului garantat trebuie plasată într-un raport corect şi echitabil cu cerința de protecție a tuturor creditorilor, în special a celor chirografari.

BCU IAŞI / CENTRUL DE CREDIT BANCAR

# RISCUL DE CREDIT, TIPURI DE GARANȚII ȘI INTERACȚIUNEA DINTRE ACESTEA ÎN CONTRACTELE DE CREDIT BANCAR

*Asist. drd. Sorina Ioana DOROGA*
*Facultatea de Drept*
*Universitatea de Vest Timișoara*

***Abstract:*** *The issue of credit risk minimization poses a continuous challenge for both economic and legal doctrine. The present paper focuses on the analysis of the main functions of collateral in the context of credit risk, as well as on the interaction between the two main types of collateral (personal and real guarantees). Thus, the first part of the paper deals with the economic perspective of collateral, by briefly presenting the mechanism used by banks to evaluate ex ante riskiness of a potential borrower. The following parts of the paper deal with personal and real guarantees from a legal perspective, with a focus on their interaction within the framework of credit agreements. The relevant case-law indicates a series of issues pertaining to the interpretation of complex clauses referring to collateral in credit agreements, and raises questions with respect to the type and contents of the different guarantees, as well as with respect to the extent of the guarantors' undertaken obligations.*

***Keywords:*** *credit risk, collateral, role of collateral, real guarantees, personal guarantees, bank loan agreements, moral hazard, interpretation of contractual clauses*

***Rezumat:*** *Problema diminuării riscului în contractele de credit bancar reprezintă o preocupare constantă în literatura de specialitate – atât economică, cât și juridică. Prezenta contribuție își propune să analizeze rolurile majore pe care le îndeplinesc garanțiile în contextul riscului de credit, precum și interacțiunea dintre cele două categorii principale de garanții – reale și personale. În acest sens, o primă parte a lucrării se concentrează asupra perspectivei economice asupra garanțiilor, prin scurta analiză a modalităților în care băncile evaluează ex ante riscul de credit cu privire la un potențial împrumutat. Următoarele părți tratează garanțiile personale și reale din perspectiva rolului lor juridic, cu accent asupra modalității în care cele două categorii interacționează în cadrul creat de contractele de credit. Analiza jurisprudenței relevă o serie de*

*probleme de interpretare a clauzelor complexe, inserate în contractele de credit bancar, care comportă numeroase discuții privitoare la tipul și conținutul garanțiilor asumate, precum și la întinderea obligațiilor garanților.*

*Termeni-cheie: risc de credit, garanții, rolul garanțiilor, garanții personale, garanții reale, contracte de credit bancar, hazard moral, interpretarea clauzelor din contractele de credit bancar*

## I. Riscul de credit şi rolul garanțiilor – perspectiva economică

Faptul că o mare parte dintre împrumuturile acordate de bănci sunt garantate într-o formă sau alta nu reprezintă o noutate. La nivel internațional, diverse studii statistice raportează existența garanțiilor într-un procent semnificativ din creditele bancare. Astfel, încă din anul 1990, se estima că în Statele Unite aproape 70% dintre credite erau securizate cu cel puțin o formă de garanție[1]. Cifrele erau similare sau chiar mai ridicate în Germania şi Marea Britanie[2].

Literatura economică a căutat de-a lungul timpului să explice legătura dintre riscul de credit şi diferitele tipuri de garanții acceptate de bănci, bazându-se pe aşa-numitele „studii empirice" şi dezvoltând o serie de modele de relație între bănci şi împrumutați cu privire la evaluarea *ex ante* a riscului şi garanțiile solicitate[3].

Astfel, la întrebarea „de ce solicită băncile garanții?" literatura de specialitate oferă trei linii majore de răspuns[4]: (a) pentru a-şi reduce pierderile în caz de neplată a creditului; (b) pentru că acestea

[1] A.N. Berger, G.F. Udell, *Collateral, Loan Quality and Bank Risk*, în Journal of Monetary Economics, vol. 25, 1990, p. 21.

[2] A.F. Pozzolo, *The Role of Guarantees in Bank Lending*, p. 2 – material disponibil online la adresa www.ssrn.com.

[3] A.F. Pozzolo, *op. cit.*, p. 4.

[4] G. Jimenez, J. Saurina, *Collateral, Type of LenderandRelationship Banking as Determinants of Credit Risk*, în Journal of Banking and Finance, vol. 28, 2004, p. 2193.

ajută la completarea setului de informații pe care banca le deține despre client şi pot reprezenta un indiciu de bonitate; (c) pentru a reduce riscul ca după obținerea creditului, împrumutatul să nu mai depună toate diligențele în asigurarea succesului proiectului[5].

În primul rând, cât priveşte riscul pierderilor în caz de nerambursare a împrumutului, acesta reprezintă motivul cel mai uşor de intuit pentru care banca solicită garanții. Prin dobândirea de drepturi prioritare asupra unor bunuri individualizate (din patrimoniul împrumutatului sau al altor persoane) sau a unor debitori adiționali (în cazul garanțiilor personale), banca îşi reduce semnificativ riscul de pierdere în situația în care debitorul nu reuşeşte să achite împrumutul în integralitate. Acest motiv nu se bazează pe asimetria de informații dintre client şi bancă, în timp ce, prin următoarele două, banca urmăreşte tocmai acoperirea deficiențelor de informare cu privire la potențialul împrumutat.

În al doilea rând, solicitarea de garanții poate ameliora problema lipsei de informații a băncii cu privire la viitorul împrumutat. În lipsa unei relații îndelungate cu un anumit client, banca nu deține informații suficiente cu privire la acesta pentru a-i putea evalua în mod corect „calitatea"[6]. Astfel, garanțiile puse la dispoziție de viitorul client pot constitui un indiciu de bonitate pentru bancă[7]. Întrucât clienții de „proastă calitate" sunt mai predispuşi să nu ramburseze creditele, aceştia vor fi mai reticenți să pună la dispoziția băncii garanții reale, pentru a nu-şi amplifica pierderile. Aceiaşi clienți vor avea dificultăți în a aduce garanții personale. Dimpotrivă, clienții de „bună calitate" vor putea prezenta cu uşurință garanții reale sau personale, întrucât riscul de a nu-şi rambursa creditele este mic[8]. În consecință, garanțiile pot constitui un mijloc de identificare a clienților care prezintă un

[5] Y. Leitner, *Using Collateral to Secure Loans*, în Bussiness Review, Q2, 2006, p. 9 – material disponibil online la adresa www.philadelphiafed.org.

[6] *Ibidem*, p. 10.

[7] J.E. Stiglitz, A. Weiss, *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*, în American Economic Review, vol. 71, nr. 3, 1981, p. 396.

[8] R. Blazy, L. Weill, *Why Do Banks Ask for Collateral*, p. 4 – material disponibil online la adresa www.ssrn.com.

risc mai mic de nerambursare, suplimentând informațiile deținute de bancă despre viitorul împrumutat.

În al treilea rând, oferirea de garanții ar putea reprezenta o soluție pentru așa-numitul *moral hazard*[9]. Acest concept, împrumutat din domeniul asigurărilor, se referă la un anumit tip de „relaxare" a debitorului care, după obținerea împrumutului, este posibil să nu mai depună același grad de diligență în vederea maximizării profiturilor afacerii sale sau a asigurării succesului proiectului[10]. Astfel, debitorul căruia i se solicită să constituie garanții, va depune maximul de efort pentru a rambursa creditul, pentru a evita pierderile generate de executarea garanțiilor. Cu toate acestea, unii autori au remarcat faptul că obligația de a constitui garanții poate avea chiar efectul invers asupra debitorului, adică de creștere a acestui *moral hazard*, în special în cazul garanțiilor personale, când împrumutatul are asigurată o plasă de salvare prin angajarea răspunderii și a altor persoane în caz de *default*[11].

În concluzie, din perspectivă economică, rolul garanțiilor este acela de a micșora riscul de credit. În acest sens, garanțiile reale și cele personale joacă roluri diferite în contractele de credit. De pildă, garanțiile reale (și în special cele interne, adică purtând asupra unui bun al debitorului) sunt folosite mai degrabă pentru a acorda prioritate anumitor creditori în raport cu alți creditori și mai puțin ca instrumente de soluționare a riscului de tip *moral hazard*. Garanțiile personale, pe de altă parte (garanții externe), sunt, de regulă, utilizate pentru a atenua problemele legate de comportamentul diligent viitor al debitorilor *(moral hazard)* și se regăsesc mai adesea în contractele încheiate cu persoane care prezintă *ex ante* o probabilitate mai ridicată de *default*[12].

---

[9] A.W.A. Boot, A.V. Thakor, G.F. Udell, *Secured Lending and Default Risk: Equilibrium Analysis, Policy Implications and Empirical Results*, în The Economic Journal, nr. 101, 1991, p. 458.

[10] R. Blazy, L. Weill, *op. cit.*, p. 5.

[11] A.F. Pozzolo, *op. cit.*, p. 11.

[12] *Ibidem*, p. 16.

## II. Riscul de credit şi rolul garanţiilor – perspectiva juridică

Din punct de vedere juridic, riscul la care se expune creditorul unei obligaţii este insolvabilitatea debitorului său[13]. Pentru acoperirea acestui risc şi asigurarea executării obligaţiilor, creditorii au la dispoziţie posibilitatea instituirii de garanţii de diverse tipuri. Astfel, doctrina juridică distinge în principal între două categorii importante – garanţiile personale şi cele reale. Nu vom intra la acest punct în detaliile subclasificărilor celor două categorii, întrucât, în analiza generală a mecanismului de minimizare a riscului, distincţia relevantă este cea privind garanţiile personale şi reale.

După cum am arătat, rolul principal al oricărui tip de garanţie este acela de a evita sau de a micşora riscul insolvabilităţii debitorului obligaţiei. Din această propoziţie generală şi unanim acceptată se pot desprinde o serie de implicaţii privind rolul garanţiilor:

- garanţiile asigură o probabilitate mai mare de executare a obligaţiei;
- garanţiile speciale (personale sau reale) completează garanţia comună a creditorilor (în limbajul vechiului Cod civil – gajul general al creditorilor chirografari) prevăzută la art. 2.324 C. civ.;
- garanţiile personale suplimentează gajul general al creditorului asupra patrimoniului debitorului său cu un drept de gaj general asupra unui alt patrimoniu.

Prin garanţiile reale, creditorii îşi minimizează riscul de a suporta efectele concursului altor creditori ai aceluiaşi debitor.

În consecinţă, garanţiile reale înlătură regula egalităţii la executare dintre creditori[14].

Utilitatea garanţiilor a fost sintetizată în doctrină în definiţii cuprinzătoare a acestora, după cum este cazul şi exemplului de mai jos:

---

[13] C. Stătescu, C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor*, ed. a IX-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 415; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligaţii*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 116.

[14] P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 117.

*„[G]aranțiile pot fi definite ca acele mijloace juridice care, dincolo de limitele dreptului de gaj general și în plus față de acest drept, conferă creditorului garantat anumite prerogative suplimentare, constând, de regulă, fie într-o prioritate față de ceilalți creditori, fie în posibilitatea ca, în caz de neexecutare din partea debitorului, să urmărească pe o altă persoană, care s-a angajat să execute ea obligația ce revenea debitorului"*[15].

În considerarea rolurilor garanțiilor din perspectivă juridică și economică, vom analiza în cele ce urmează o serie de hotărâri judecătorești pronunțate în materia contractelor de credit bancar, în care interacțiunea dintre cele două tipuri majore de garanții se evidențiază cu ușurință date fiind clauzele extrem de complexe (și uneori obscure) cuprinse în contractele de credit.

## III. Scurtă prezentare a reglementării actuale privind garanțiile reale și garanțiile personale

Cele mai utilizate tipuri de garanții care se regăsesc în contractele de credit bancar sunt ipotecile (mobiliare și imobiliare) și garanțiile personale – în special fideiusiunea. Vom prezenta câteva dintre caracteristicile principale ale acestora, relevante pentru analiza spețelor din ultima parte a articolului.

Fideiusiunea, denumită și cauțiune, reprezintă, potrivit art. 2.280 C. civ., acel contract prin care o parte, denumită fideiusor, se obligă față de o altă parte (creditorul) să execute, cu titlu gratuit sau în schimbul unei remunerații, obligația debitorului, în cazul în care acesta din urmă nu o va executa. Reglementarea fideiusiunii în noul Cod civil corespunde, în mare măsură, reglementării anterioare cuprinse în titlul XIV, art. 1652-1684 C. civ. 1864. Astfel, fideiusiunea poate avea natură legală, judiciară[16] sau convențională, însă, spre deosebire de prevederile din vechiul Cod civil, în toate cazurile, constituirea sa valabilă se poate face doar pe baza unui înscris autentic sau sub semnătură

[15] C. Stătescu, C. Bârsan, *op. cit.*, p. 416.
[16] Art. 2.281 C. civ. și urm.

privată, sub sancțiunea nulității absolute[17]. În ceea ce privește limitele fideiusiunii, art. 2.289 C. civ. prevede că aceasta nu poate fi extinsă peste limitele în care a fost contractată, iar în cazul în care depășește ceea ce este datorat de debitorul principal sau este contractată în condiții mai oneroase, ea nu va fi valabilă decât în limita obligației principale. După cum vom vedea, noțiunea limitelor și a întinderii fideiusiunii a generat probleme în practică, datorită aplicării sale la conținutul garanției[18], iar nu la obligația garantată. În ceea ce privește întinderea fideiusiunii, art. 2.290 C. civ. prevede că, în principiu, fideiusiunea unei obligații principale se întinde la toate accesoriile acesteia, chiar și la cheltuielile ulterioare notificării făcute fideiusorului și la cheltuielile de judecată, iar art. 2.291 C. civ. instituie fideiusiunea parțială, adică cea care garantează doar o parte din obligația principală sau care prevede condiții mai puțin oneroase pentru fideiusor. Noul Cod civil menține reglementările cu privire la beneficiul de discuțiune și diviziune[19], care pot fi invocate de fideiusor, precum și dreptul de regres al acestuia împotriva debitorului[20] sau a celorlalți fideiusori[21].

În ceea ce privește garanțiile reale, noul Cod civil cuprinde sub denumirea de „ipotecă" atât garanțiile reale mobiliare, cât și pe cele imobiliare (la care era limitat termenul de „ipotecă" în reglementarea vechiului cod). Astfel, potrivit art. 2.343 C. civ., „ipoteca este un drept real asupra bunurilor mobile sau imobile afectate executării unei garanții". Caracterele juridice acestei forme de garanție sunt accesorialitatea și indivizibilitatea[22], ipoteca putând avea natură convențională sau legală[23]. În ceea ce privește formalitățile de constituire a ipotecilor, art. 2.378 C. civ. prevede faptul că ipoteca imobiliară trebuie încheiată în formă autentică,

[17] Art. 2.282 C. civ.

[18] A se vedea și F.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod Civil – Comentarii pe articole, Comentarii*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 2221 și 2222.

[19] Art. 2.293-2.295 C. civ. și art. 2.298 și urm. C. civ.

[20] Art. 2.305 și urm. C. civ.

[21] Art. 2.313 C. civ.

[22] Art. 2.344 C. civ.

[23] Art. 2.349 C. civ.

sub sancțiunea nulității absolute, pe când, în cazul ipotecii mobiliare, doar forma scrisă a contractului este prevăzută sub sancțiunea nulității absolute, contractul putând fi încheiat atât pe cale notarială, cât şi sub semnătură privată[24]. Potrivit art. 2.350 C. civ., ipoteca poate avea ca obiect bunuri mobile sau imobile, corporale sau incorporale, precum şi bunuri determinate sau determinabile ori universalități de bunuri.

## IV. Interacțiunea şi distincția dintre garanțiile reale şi garanțiile personale în contractele de credit – analiză jurisprudențială

Complexitatea contractelor de credit şi abundența clauzelor menite să confere băncii o poziție cât mai sigură în raporturile sale cu împrumutatul generează adesea în practică dificultăți de interpretare a dispozițiilor contractuale sub o serie de aspecte, inclusiv cu privire la tipul şi întinderea garanțiilor constituite de către debitor în favoarea băncii. Astfel, din dorința de a-şi minimiza riscul de credit şi de a facilita punerea în executare, băncile inserează în contractele de împrumut, uneori în mod disparat, clauze care combină beneficiile creditorului aplicabile unor tipuri diferite de garanții. În lipsa unor prevederi exprese în contract cu privire la toate garanțiile constituite pentru împrumut, rămâne în sarcina instanțelor să stabilească ce tipuri de garanții au înțeles de fapt părțile să constituie pentru a securiza creditul. Astfel, nu de puține ori, instanțele au fost puse în situația de a stabili dacă părțile dintr-un contract de credit au dorit să constituie garanții reale, garanții personale sau ambele tipuri. Cel mai adesea, problemele de interpretare se nasc din inserarea între prevederile referitoare la garanții reale a unor clauze privind obligarea în solidar, renunțarea la beneficiile discuțiunii şi diviziunii sau din referirile la anumite bunuri ale garanților în cadrul clauzelor privind fideiusiunea.

Spețele analizate în continuare cuprind astfel de exemple care permit, în acelaşi timp, analiza posibilelor interacțiuni între cele

[24] Art. 2378 C. civ.

două categorii de garanții – personale şi reale. Majoritatea hotărârilor implică discuții cu privire la fideiusiune şi ipoteca imobiliară, dată fiind preferința băncilor pentru aceste garanții în contractele de credit.

Un prim aspect clarificat în practica judiciară priveşte posibilitatea de coexistență a mai multor tipuri de garanții pentru securitizarea aceluiaşi împrumut. Astfel, într-o speță în care garantul încheiase cu banca un contract de cauțiune care cuprindea şi clauze referitoare la instituirea unui drept de ipotecă, Curtea de Apel Cluj-Napoca a decis că nulitatea absolută a clauzelor referitoare la ipotecă nu atrăgea, în mod automat, şi nulitatea clauzelor privind fideiusiunea[25].

Pentru a decide astfel, Curtea a făcut mai întâi distincția între ipotecă şi fideiusiune din perspectiva art. 35 alin. (2) C. fam. (în vigoare la acea dată), constatând că ipoteca asupra unui bun comun al soților nu poate fi instituită în lipsa consimțământului expres al celuilalt soț. Cu toate acestea, fideiusiunea constituită de unul dintre soți fără acordul celuilalt nu este lovită de nulitate, ci ea se va referi la „bunurile proprii ale fideiusorului, care pot fi mobile sau imobile, sau parte din cele comune". În această situație, creditorii personali ai debitorului vor putea urmări doar partea din bunul comun care îi va reveni fideiusorului în urma partajului solicitat conform art. 493 C. pr. civ. (în vigoare la acea dată).

În al doilea rând, Curtea a arătat că cele două tipuri de garanții – fideiusiunea şi ipoteca – nu se exclud reciproc, fiind posibilă garantarea aceleiaşi obligații în ambele forme. Aceeaşi perspectivă a fost adoptată în alte spețe similare[26] şi a fost confirmată de Curtea Supremă de Justiție în Decizia nr. 229/02 iunie 1998 a Secției Comerciale, când instanța a arătat că:

*„... din examinarea contractelor de garanție imobiliară rezultă că apelanții, pârâții M.E. şi N.P. au garantat creditul*

[25] Decizia nr. 652 din 16 aprilie 2003 a Secției comerciale şi de contencios administrativ a Curții de Apel Cluj-Napoca.

[26] Spre exemplu: decizia nr. 127 din 17 septembrie 2002 a Secției comerciale şi de contencios administrativ a Curții de Apel Cluj; decizia nr. 2838/1999 a Curții de Apel București, Secția comercială.

*acordat pârâtei S.C. O. S.R.L. nu numai cu bunurile imobile ipotecate, ci şi în calitate de fidejusori. Or, potrivit art. 42 alin. (2) din Codul comercial, apelanții – pârâți, având şi calitatea de garanți – fidejusori răspund în solidar cu codebitorul comerciant pentru creditul nerambursat şi dobânzile aferente acestuia".*

Posibilitatea garantării aceleiaşi obligații cu mai multe tipuri de garanții – personale sau reale – nu ridică prea multe discuții. De fapt, în acest mod, banca urmăreşte reducerea semnificativă a riscului, atât prin suplimentarea dreptului de gaj general al debitorului său cu un alt patrimoniu (cel al fideiusorului), cât şi prin obținerea unui drept de preferință față de alți creditori la valorificarea anumitor bunuri asupra cărora se constituie garanțiile reale. Din perspectivă economică, utilizarea mai multor tipuri de garanții răspunde cel mai bine nevoii de acoperire a acelui *moral hazard* despre care discutam în prima parte a lucrării.

În ceea ce priveşte oferirea de către aceeaşi persoană care are calitatea de fideiusor a unor garanții reale asupra unor bunuri proprietatea sa, avantajele prezentate mai sus rămân valabile, cu precizarea că, în acest caz, bunurile asupra cărora se exercită drepturile rezultate din garanțiile reale nu sunt separate de patrimoniul suplimentar cu care se garantează obligația debitorului principal, ci sunt incluse în acesta. Creditorul, însă, se bucură de posibilitatea de a se îndestula cu prioritate din respectivele bunuri (față de alți potențiali creditori ai fideiusorului) şi de dreptul de a le urmări în mâna oricui s-ar afla, fără a fi afectat de scăderea patrimoniului fideiusorului.

Un al doilea aspect recurent în practica judiciară este cel privitor la faptul că inserarea în contractul de garanție imobiliară a unei clauze privind renunțarea la beneficiile discuțiunii şi diviziunii nu dă naştere, *per se*, unui raport de fideiusiune. Această problemă a fost analizată de Înalta Curte de Casație şi Justiție în cadrul Deciziilor nr. 1024 din 17 martie 2004 şi nr. 3264 din 2 iulie 2003 ale Secției comerciale. Astfel, într-o speță în care pârâții garantaseră cu anumite imobile restituirea unui împrumut luat de o societate cu contract de credit ipotecar (aceştia având

deci calitatea de garanți ipotecari), Curtea a decis că respectivii garanți nu puteau fi asimilați fideiusorilor, dat fiind că garanțiile prevăzute în contractul de credit erau ipotecile, iar nu fideiusiunea[27]. În această situație, s-a reținut că instanța de apel a greşit aplicând prezumția de solidaritate din art. 42 alin. (2) C. com. (în vigoare la acea dată), întrucât aceasta era incidentă doar în cazul fideiusiunilor, iar nu şi în cazul garantării cu ipotecă. În cea de-a doua speță menționată, Curtea a arătat că:

*„În contractul de împrumut din 1995, încheiat între reclamantă şi pârâta, societatea comercială, la art. 20 lit. e) se menționează că garanția contractului de împrumut este imobiliară. Pentru garantarea împrumutului s-a încheiat contractul de ipotecă, în care este înscrisă clauza renunțării la beneficiul de discuțiune şi diviziune, dar această clauză nu are ca efect răspunderea solidară a pârâților şi nici angajarea unei fidejusiuni"*[28].

Practic, deciziile menționate mai sus constituie o aplicare a normei existente atât în vechiul cod[29], cât şi în noul Cod civil[30], potrivit căreia fideiusiunea este întotdeauna expresă – ea nu se presupune. Astfel, clauza de renunțare la beneficiul de discuțiune şi la cel de diviziune, deşi tipică contractelor de fideiusiune, nu implică în mod necesar naşterea unui raport de garanție personală. Este vorba, de fapt, de o dispoziție menită să protejeze împrumutatul care se află pe o poziție de inferioritate față de bancă la momentul contractării creditului şi care este posibil să nu înțeleagă pe deplin efectele juridice ale unor clauze de acest gen.

Cu toate acestea, unele hotărâri prin care instanțele au interpretat în mod restrictiv clauzele cuprinse în contractele de credit, pentru a limita în mod artificial efectele fideiusiunii față de debitori, nu sunt apărate de critici. Spre exemplu, într-o speță în care contractul de credit prevedea în mod expres modalitatea de garantare aleasă de părți ca fiind fideiusiunea (aspect necontestat

---

[27] Decizia nr. 1024 din 17 martie 2004 a ÎCCJ.
[28] Decizia nr. 3264 din 2 iulie 2003 a ÎCCJ.
[29] A se vedea art. 1656 C. civ. 1864.
[30] A se vedea art. 2.282 C. civ.

de fideiusor), Tribunalul Arad a limitat răspunderea fideiusorului pe baza unei clauze care permitea băncii ca în caz de neplată a creditului să retragă direct din conturile fideiusorului sumele aferente acestuia [31] . Instanța a considerat că răspunderea fideiusorului ar fi limitată doar la sumele aflate în conturile respective şi şi-a motivat interpretarea pe baza posibilității fideiusorului de a garanta doar pentru o parte a datoriei sau de a se obliga în condiții mai puțin oneroase decât cele prevăzute pentru obligația principală. Or, practic, restrângerea răspunderii la sumele din conturile bancare nu ține de întinderea obligației fideiusorului, aşa cum prevedea art. 1654 C. civ. 1864 (iar în prezent, art. 2.291 C. civ.), ci afectează însuşi conținutul garanției. Prin limitarea bunurilor cu care răspunde fideiusorul la sumele din conturile bancare, practic instanța transformă garanția personală într-o garanție reală şi modifică astfel intenția declarată a părților în cadrul contractului. Asemenea măsuri de protecție a debitorului ni se par excesive, întrucât ele afectează în mod grav posibilitățile de recuperare a creanței de către bancă în caz de nerambursare a creditului.

## V. Concluzii

Prevenirea sau scăderea riscului nerambursării creditelor bancare – un pericol constant în contextul economic actual – presupune o serie de evaluări *ex ante* din partea băncii cu privire la calitatea viitorului împrumutat, însă şi o alegere eficientă (în funcție de informațiile disponibile despre fiecare potențial client şi de tipul creditului) a mijloacelor juridice de garantare a obligațiilor.

Astfel, constatăm tendința băncilor de a solicita constituirea mai multor tipuri de garanții pentru securitizarea creditului – cele mai des întâlnite fiind fideiusiunea şi ipoteca –, precum şi tendința de a include în contractele de credit o serie de clauze aplicabile atât garanțiilor personale, cât şi celor reale, chiar şi în situația alegerii unei singure forme de garantare. Astfel de clauze dau naştere unor

[31] Decizia comercială nr. 280/R din 14 octombrie 2010, pronunțată de Tribunalul Arad, nepublicată.

interpretări discutabile cu privire la obligațiile asumate de debitori și garanți și generează adesea litigii privitoare la aspecte precum întinderea obligației garantului, conținutul garanției sau limitele de exercitare a drepturilor creditorului. În acest context, rolul de a clarifica obligațiile complexe asumate de părți le revine instanțelor de judecată, care se pronunță în mod constant asupra diferențelor dintre categoriile de garanții, a posibilității lor de coexistență în cadrul aceluiași contract de credit, precum și a modalității de interacțiune între cele două categorii principale de garanții – personale și reale.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# II. CREDITUL BANCAR PENTRU CONSUM

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# CERTITUDINI ŞI DILEME PRIVIND EXECUTAREA CONTRACTELOR DE CREDIT PENTRU CONSUM*

*Prof. univ. dr. Emilia MIHAI*
*Facultatea de Drept*
*Universitatea de Vest din Timişoara*

***Abstract:*** *The Directive 2008/48/CE of the European Parliament and Council replaced the minimal harmonization with a maximal one and enriched the arsenal of consumer's protection tools in terms of contractual transparency, thus multiplying the bans on commissions and fees. The Government Emergency Ordinance no. 50/2010 on credit agreements for consumers, through which the European directive was transposed into the Romanian law, faithfully pursues its model with all harmonized aspects, a fact that provides certainty and predictability to a system of credit consumer's protection that is satisfactory and equivalent to the European one. The Romanian legislator approached, however, the unharmonized issues with certain superficiality. Hence, the dilemmas regarding the applicable solutions for the sometimes complicated relationships between professionals and consumers in consumer credits, especially as far as their fulfillment is concerned.*

***Keywords:*** *bank charges, overindebtedness, early repayment, right of withdrawal, linked agreement*

***Rezumat:*** *Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European şi a Consiliului a înlocuit armonizarea minimală cu una maximală şi a îmbogăţit arsenalul instrumentelor de protejare a consumatorilor în planul transparenţei contractuale, multiplicând, totodată, interdicţiile în materie de comisioane şi taxe. O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, prin care s-a transpus în legislaţia naţională menţionata directivă europeană, îşi urmăreşte cu fidelitate modelul sub toate aspectele armonizate, ceea ce asigură certitudine şi previzibilitate unui regim de protecţie a consumatorilor de credite satisfăcător şi echivalent celui european. Legiuitorul român a abordat, însă, chestiunile nearmonizate cu*

* Acest articol are la bază studiul *Contractul de credit pentru consum în viziunea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 50/2010*, apărut în Revista română de dreptul afacerilor nr. 5/2012.

*o anume superficialitate. De aici, dilemele privind soluțiile aplicabile uneori complicatelor relații dintre profesioniști și consumatori în materia creditelor pentru consum, mai ales cât privește executarea acestora.*

***Termeni-cheie:*** *speze bancare, supraîndatorare, rambursare anticipată, drept de retragere, contract legat*

## 1. Preliminarii

Adoptată în temeiul art. 95 al Tratatului de instituire a Comunității Europene[1], Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 a abandonat armonizarea minimală în materia contractelor de credit pentru consumatori, care întemeiase Directiva 87/102/CEE a Consiliului, în favoarea unei armonizări complete, țintind, astfel, îmbunătățirea funcționării pieței interne[2]: în domeniul de armonizare al directivei, statele membre nu trebuie să mențină sau să introducă dispoziții de drept intern diferite față de cele prevăzute de aceasta (art. 22)[3]. Considerentul (9) al directivei recunoaşte, totuşi, şi o marjă, chiar dacă limitată, de manifestare a suveranității

[1] Actualul art. 114 TFUE.

[2] Noua directivă se încadrează în acțiunea Uniunii Europene proiectată încă prin Actul Unic din 1986, constând în apropierea legislațiilor naționale de așa manieră încât să fie înlăturate piedicile din calea circulației mărfurilor și serviciilor. În cadrul legislativ constituit de actualele art. 114 și 169 TFUE (fost art. 153 TCE), protecția consumatorilor nu constituie obiectivul unei politici specifice, autonome, ci este doar consecința măsurilor adoptate pentru constituirea și consolidarea pieței interne. De aceea, directivele adoptate pe temeiul art. 95 TCE (acum art. 114 TFUE) pot să impună statelor membre o armonizare completă a legislațiilor, la nivelul de protecție consacrat prin actul normativ european. Amintim că protecția consumatorilor este unul dintre domeniile în care competențele sunt partajate între Uniune și statele membre.

[3] Potrivit considerentului (46), obiectivul directivei – stabilirea de norme comune pentru anumite aspecte ale actelor cu putere de lege și ale dispozițiilor administrative ale statelor membre privind creditul de consum – nu poate fi realizat în mod satisfăcător de către statele membre, ci poate fi realizat mai bine la nivelul Comunității. În consecință, aceasta poate adopta măsurile necesare în conformitate cu principiul subsidiarității și cu respectarea principiului proporționalității.

legislative a statelor membre, anume când nu există dispoziţii armonizate.

În consecinţă, O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori[4], aprobată prin Legea nr. 288/2010[5], prin care s-a transpus în legislaţia naţională Directiva 2008/48/CE, îşi urmăreşte cu fidelitate modelul sub toate aspectele armonizate[6]. Coincidenţa de reglementare dintre actul normativ supraetatic şi cel etatic român este sursa unor prevederi lipsite de echivoc, care conferă previzibilitate unui regim de protecţie a consumatorilor de credite satisfăcător şi echivalent celui european. Certitudinile generate de nivelul de armonizare impus de directivă sunt, însă, acompaniate de incertitudinile născute din timiditatea legiuitorului român în abordarea chestiunilor nearmonizate, în mare măsură acestea rămânând nereglementate. De aici, dilemele privind soluţiile aplicabile uneori complicatelor relaţii dintre profesionişti şi consumatori în materia creditelor pentru consum ori interpretarea unora dintre dispoziţiile legii interne. În analiza care urmează vom puncta câteva dintre certitudinile şi dilemele care marchează executarea contractului de credit pentru consum.

## 2. Certitudini

Normele juridice de dreptul consumului, preponderent imperative, întrucât sunt expresia unei ordini publice speciale, ordinea economică publică de protecţie, încadrează executarea contractului de credit pentru consum cu reguli stricte. Acestea vizează mai ales înlăturarea posibilităţilor profesionistului de a interveni unilateral în contract şi de a agrava situaţia consumatorului, deja împovărat de obligaţia rambursării împrumutului la un cost superior valorii totale a creditului şi, adeseori, expus unor fluctuaţii imprevizibile ale situaţiei sale financiare. Avem în

[4] M. Of. nr. 389 din 11 iunie 2010.

[5] M. Of. nr. 888 din 30 decembrie 2010.

[6] Ne amintim de constrângerea la care a fost supus statul român de către Comisia Europeană prin ameninţarea cu declanşarea procedurii de *infringement*, pentru relativa libertate cu care interpretase legea supranaţională europeană în procesul de preluare a ei în ordinea juridică internă.

vedere, în spațiul acestei lucrări, acele dispoziții care limitează spezele bancare şi organizează rambursarea creditului.

*2.1. Reguli privitoare la spezele bancare*

Unul dintre instrumentele predilecte prin care profesionistul bancher poate instrumentaliza vulnerabilitatea consumatorului în interesul său îl reprezintă determinarea spezelor bancare: fie poate impune costuri nejustificate *ab initio*, fie îşi rezervă dreptul să poată modifica intempestiv costurile în cursul derulării contractului. Era firesc, deci, ca legiuitorul consumerist să intervină pentru a restitui contractului de credit pentru consum echilibrul interior între pozițiile părților şi cu privire la acest aspect.

În consecință, costurile pe care creditorul le poate impune consumatorului pentru împrumutul acordat sunt enunțate limitativ de art. 36 al ordonanței: comisionul de analiză a dosarului, comisionul de administrare a creditului sau comisionul de administrare a contului curent, compensația în cazul rambursării anticipate, costurile aferente asigurărilor, dobânda penalizatoare, precum şi un comision unic pentru servicii prestate la cererea consumatorilor[7]. Totodată, art. 35 din ordonanță enumeră o seamă de interdicții în sarcina furnizorului de credite, de natură să-l împiedice să eludeze protecția legal consacrată consumatorului, precum:

- interdicția majorării nivelului oricăror costuri convenite contractual[8], cu excepția cazurilor când majorarea este impusă prin lege[9];

---

[7] Potrivit art. 36 alin. (2), comisionul de analiză şi cel unic se stabilesc în sumă fixă, aceeaşi pentru toți consumatorii aceluiaşi tip de credit, în cadrul aceleiaşi instituții de credit.

[8] Textul nu are incidență în ceea ce priveşte modificarea, cu respectarea legii, a dobânzii.

[9] Această interdicție nu priveşte costurile aferente contului curent, care trebuie să acopere costurile efective ale creditorului şi, de aceea, trebuie să fie supuse aceloraşi fluctuații. Totuşi, creditorului îi revine obligația să-l notifice pe consumator, în orice modalitate convenită cu acesta, cu privire la modificarea nivelului costurilor creditului, şi să-i pună la dispoziție un nou tabel de amortizare/grafic de rambursare [art. 35 alin. (2) şi (3)].

- interdicția introducerii unor costuri noi[10], cu excepția celor care privesc produse şi servicii solicitate de consumatori în plus față de contractul inițial şi inserate, obligatoriu, în contracte adiționale;

- interdicția perceperii unui comision de depunere numerar pentru plata ratelor de rambursare şi, simetric, interdicția perceperii unui comision de retragere pentru sumele trase din credit;

- interdicția perceperii unei speze bancare, indiferent de denumirea care i s-ar da, pentru admiterea cererii consumatorului de modificare a datei de scadență a ratelor;

- interdicția perceperii unor comisioane pentru schimbarea garanțiilor la cererea consumatorului, în condițiile în care consumatorul plăteşte toate costurile aferente constituirii şi evaluării noilor garanții.

De asemenea, prin art. 41, ordonanța reafirmă interdicția impusă profesionistului de a-l surprinde pe consumator prin modificarea conținutului clauzelor referitoare la costuri: orice asemenea intenție trebuie să-i fie notificată acestuia cu cel puțin 30 de zile înainte de preconizata sa materializare, iar din momentul primirii notificării i se acordă un termen de 15 zile pentru a-şi exprima opțiunea: acceptă sau nu acceptă noile condiții. Textul menționat conține şi alte două prevederi protectoare:

- absența răspunsului consumatorului nu valorează achiesare tacită;

- refuzul consumatorului nu dă dreptul creditorului să-i aplice penalități ori să declare creditul scadent.

Contractul inițial continuă, deci, să-şi producă efectele, fără ca furnizorul de credit să-i fi putut mări unilateral costurile.

### *2.2. Reguli privitoare la rambursarea creditului*

Art. 38 al ordonanței consacră posibilitatea rambursării creditului prin utilizarea a două tipuri de rate, opțiunea pentru oricare dintre ele revenind consumatorului: rate egale (anuități)

[10] Comisioane, tarife, orice alte speze.

sau rate descrescătoare. Acelaşi text conturează şi soluţiile aplicabile în cele două situaţii extreme care se pot produce în cursul fiinţării contractului de credit: neîndeplinirea obligaţiei de restituire a împrumutului potrivit ritmului stabilit contractual şi manifestarea voinţei consumatorului de a rambursa anticipat creditul.

*În prima* dintre ele, consumatorul care nu achită la scadenţă ratele pentru restituirea creditului este supus suplimentar, pentru sumele restante, unei dobânzi penalizatoare. Cuantumul acesteia se calculează pe bază de procent fix care se stabileşte anticipat prin contractul de credit şi se aplică la sumele restante, fiind, însă, interzisă penalizarea sumelor restante care reprezintă dobânzile neachitate la termen.

Deşi nu o afirmă explicit, ipoteza vizată de prevederile alin. (3) al art. 38 este aceea a supraîndatorării: consumatorul nu-şi mai poate îndeplini obligaţiile de plată la termen a ratelor creditului, din cauze ce nu-i sunt imputabile, imprevizibile la momentul încheierii contractului. Este vorba de împrejurări – limitativ indicate de text – în care s-ar putea afla el sau soţul/soţia: şomaj, reducere drastică a salariului[11], deces. Legea încearcă să atenueze dezechilibrul produs contractului: în oricare dintre aceste situaţii, rata dobânzii penalizatoare nu va putea depăşi cu mai mult de două puncte procentuale rata dobânzii convenite contractual, aplicabile când ratele creditului sunt achitate la termen. Dobânda penalizatoare „de protecţie" se percepe până la încetarea evenimentului care a generat reducerea veniturilor, dar nu mai mult de 12 luni[12].

Cu certitudine, sprijinul oferit de legea specială consumatorului aflat în imposibilitate de a-şi îndeplini obligaţiile de rambursare din pricini care nu implică reaua sa voinţă este iluzoriu faţă de nevoile reale ale acestuia. Cu certitudine, toate riscurile sunt suportate de consumator, în timp ce bancherul

[11] Legea înţelege prin reducere drastică a salariului o reducere de minimum 15% din valoarea acestuia.

[12] Cât priveşte ipoteza decesului, perioada de „protecţie" nu poate fi mai mică de 6 luni.

suferă doar o reducere temporară a profitului. Nu numai că, dintre situațiile avute în vedere de lege, decesul este un eveniment care nu poate înceta, iar, în toate celelalte, cauza care a provocat dezechilibrul contractual se poate desfăşura pe durate mult mai mari în timp decât cea admisă de lege, dar însuşi faptul că, totuşi, se percepe o dobândă cu funcție de penalizare contrazice ideea de protejare a debitorului.

Noul Cod civil pare să ne ofere soluția care asigură instaurarea justiției contractuale, deziderat clamat, de altfel, de întregul drept al consumului. Într-adevăr, întrucât ne găsim cu evidență în contextul impreviziunii, ar putea deveni aplicabile dispozițiile de principiu ale acestui act normativ, conținute în art. 1.271. În consecință, consumatorul, aflat în oricare dintre împrejurările indicate de legea specială, dar şi în altele similare (cum ar fi o boală gravă a sa ori a unui membru apropiat al familiei), care l-ar împiedica să-şi respecte obligațiile contractuale la termenele convenite, ar putea declanşa negocieri pentru „adaptarea rezonabilă şi echitabilă a contractului". În ipoteza în care demersul său ar rămâne fără rezultat, instanța ar putea fi învestită cu reechilibrarea contractului, astfel încât pierderile şi beneficiile ce ar rezulta din schimbarea împrejurărilor să fie distribuite în mod echitabil între părți[13].

Pentru soluția evocată mai sus pledează prevederile art. 3 NCC, potrivit cărora dispozițiile sale se aplică şi raporturilor dintre profesionişti şi orice alte subiecte de drept civil, implicit raporturilor dintre bancheri[14] şi consumatori. Aceasta nu înseamnă că dispozițiile

---

[13] În legislația franceză există posibilitatea acordării pe cale judiciară a unui termen de grație debitorului aflat în dificultate (art. 1244[1] - 1244[3] C. civ.). Termenul este stabilit, în funcție de situația debitorului şi de nevoile creditorului, până la maximum 2 ani. În acest răstimp, creditorul nu poate pretinde nicio sumă de bani debitorului, cu niciun titlu. Mai mult, judecătorul poate decide ca, pe durata termenului de grație, sumele datorate de consumator să nu producă dobânzi. În plus, legea specială prevede o procedură întreagă de rezolvare a situațiilor de supraîndatorare, extrem de protectoare pentru debitori (prin comparație cu legislația română).

[14] Potrivit art. 8 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, noțiunea de „profesionist" prevăzută la art. 3 C. civ. include categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic,

legii speciale şi-ar pierde utilitatea. Ele ar rămâne aplicabile ori de câte ori consumatorul, afectat fiind de unul dintre evenimentele din ipoteza normei, fie nu recurge la protecţia furnizată de dreptul comun, fie şi-a asumat prin contractul de credit riscul schimbării împrejurărilor.

Respingerea alternativei mai protectoare pentru consumatori oferite de Codul civil ne-ar impune o observaţie descurajantă: cel puţin sub aspectul analizat, legea română îşi trădează natura consumeristă, rostul său fiind inversat perfid înspre salvarea intereselor furnizorilor de credite.

*În cea de a doua situaţie*, în consonanţă cu Directiva 2008/48/CE, O.U.G. nr. 50/2010 demontează, cu certitudine, una dintre cele mai importante pârghii care asigurau, sub reglementarea anterioară, dictatura absolută a instituţiilor de credit, anume interdicţia rambursării anticipate a creditului[15]. Potrivit art. 66, consumatorul se poate libera oricând, necondiţionat, în tot sau în parte, de obligaţiile ce-i incumbă în temeiul unui contract de credit, având, în consecinţă, dreptul la o reducere a costului total al creditului (dobânda şi celelalte costuri) corespunzătoare perioadei dintre data rambursării anticipate şi data prevăzută pentru încetarea contractului de credit.

Singurul drept recunoscut creditorului sub acest aspect – în art. 67 din ordonanţă – este acela de a fi compensat pentru eventualele costuri pe care ieşirea anticipată a debitorului din legătura contractuală i le provoacă[16], dar numai în ipoteza în care

---

precum şi orice alte persoane autorizate să desfăşoare activităţi economice sau profesionale, astfel cum aceste noţiuni sunt prevăzute de lege, la data intrării în vigoare a Codului civil.

[15] Contrar aparenţelor, rambursarea anticipată a creditului este dezavantajoasă pentru bancheri, deoarece pierd ceea ce, de fapt, n-au avut niciodată, dar speră să dobândească: dobânzile achitate de împrumutaţi odată cu plata ratelor. De aceea, pe o piaţă nereglementată a creditului, bancherii, profitând de poziţia de forţă deţinută, impun consumatorilor clauze prin care fie interzic expres restituirea anticipată a creditului, fie stabilesc plata unor indemnizaţii descurajatoare de către împrumutaţi, în cazul în care aceştia ar dori să se elibereze de povara datoriilor.

[16] Menţionăm că în dreptul francez, încă din 1989, s-a recunoscut împrumutatului dreptul de a se desface cu anticipaţie din strânsoarea creditului. Mai mult, împrumutătorul nu avea drept la niciun fel de indemnizaţie care să

rata dobânzii aferente creditului este fix[17]. Cuantumul compensației cuvenite creditorului nu trebuie să fie, însă, stabilit arbitrar: el trebuie să acopere strict pierderile suferite de împrumutător, să fie deci echitabil şi justificat obiectiv. Şi, pentru a înlătura orice risc de abuz, legea impune anumite limitări valorice ale compensației. În consecință, aceasta nu poate fi mai mare de 1% din valoarea creditului rambursată anticipat, dacă perioada de timp dintre rambursarea anticipată şi data convenită pentru încetarea contractului de credit este mai mare de un an, şi de 0,5% dacă respectiva perioadă nu este mai mare de un an. În plus, compensația nu poate depăşi cuantumul dobânzii pe care consumatorul ar fi plătit-o în perioada dintre rambursarea anticipată şi data convenită pentru încetarea contractului de credit (art. 69).

### 3. Dileme. Consecințe ale interdependenței dintre contractul de furnizare de bunuri sau servicii şi contractul de împrumut

Raporturile de conexitate care leagă contractul de credit şi contractul de furnizare a unor bunuri sau de prestare a unor servicii generează unele particularități în planul executării lor. Legea vizează două ipoteze: cea în care consumatorul îşi exercită dreptul de retragere dintr-un contract legat şi cea în care furnizorul de bunuri sau servicii nu-şi îndeplineşte sau îşi îndeplineşte defectuos obligațiile contractuale. Dacă în prima situație legătura de accesorialitate dintre cele două contracte

---

compenseze pierderea dobânzilor viitoare. Pentru îndatoraţii francezi, directiva europeană din 2008 a însemnat un regres în ceea ce priveşte nivelul lor de protecție, întrucât aceasta a obligat şi alinierea legii franceze la standardele sale, inclusiv în ceea ce priveşte „despăgubirea" bancherului în cazul rambursării anticipate (J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, p. 449).

[17] Art. 68 din ordonanță enumeră situațiile când rambursarea anticipată nu permite plata niciunei compensații: când rambursarea se realizează ca urmare a executării unui contract de asigurare pentru asigurarea riscului de neplată; în cazul „descoperitului de cont"; când rambursarea anticipată intervine într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului nu este fixă.

conduce la o rezolvare simplă, lipsită de echivoc, în cea de-a doua, deficitul de reglementare naşte incertitudini.

### *3.1. Retragerea consumatorului în cazul contractelor legate*

Art. 63 din O.U.G. nr. 50/2010 se referă la impactul pe care-l produce exercitarea de către consumator a dreptului său de retragere dintr-un contract de furnizare de bunuri sau servicii[18] asupra fiinţării unui contract de credit pentru consum, a cărui funcţie a fost aceea de a finanţa contractul principal.

Întrucât este vorba de un contract cu afectare predeterminată, în care creditul este utilizat ca *instrumentum* în vederea realizării contractului de furnizare de bunuri sau servicii, a cărui legătură consumatorul a optat să o desfacă, şi întrucât consumatorul nu a intrat în posesia niciunei sume de bani, legea îl exonerează de orice obligaţii, blocând astfel orice tentativă a profesionistului de a-l penaliza pentru denunţarea unilaterală a contractului. Ar fi fost complet nefiresc, de altfel, să i se consacre consumatorului libertatea de a renunţa la contractul principal, fără a fi ţinut să se justifice şi fără a fi sancţionat, dar să fie lăsat la discreţia creditorului, expus riscului de a fi pedepsit pentru abandonarea contractului accesoriu.

---

[18] Contractul este încheiat potrivit unuia dintre următoarele acte normative: O.G. nr. 130/2000 privind protecţia consumatorilor la încheierea şi executarea contractelor la distanţă, republicată, cu modificările ulterioare, potrivit căreia consumatorul are dreptul de a denunţa unilateral contractul la distanţă în termen de 10 zile lucrătoare, fără penalităţi şi fără invocarea vreunui motiv, fiind ţinut, după caz, doar să suporte cheltuielile de returnare a produselor (art. 7); O.G. nr. 85/2004 privind protecţia consumatorilor la încheierea şi executarea contractelor la distanţă privind serviciile financiare, republicată, potrivit căreia consumatorul are dreptul de a denunţa unilateral contractul la distanţă în termen de 14 zile calendaristice (art. 9); O.G. nr. 106/1999 privind contractele încheiate în afara spaţiilor comerciale, republicată, potrivit căreia dreptul de denunţare unilaterală a contractului este de 7 zile lucrătoare de la data încheierii contractului sau de la data primirii produsului, dacă aceasta este ulterioară (art. 9); orice alte acte normative ce transpun sau creează cadrul de aplicare pentru actele normative de drept al Uniunii Europene.

*3.2. Neexecutarea contractului de furnizare de bunuri sau servicii*

Art. 64 din O.U.G. nr. 50/2010 vizează ipoteza nefurnizării bunurilor sau neprestării serviciilor ce au constituit obiectul contractului de vânzare-cumpărare/prestare servicii ori a neconformității acestora. Textul menționat propune consumatorului, ca prim demers, recursul la procedura prevăzută de dispozițiile Legii nr. 449/2003 privind vânzarea produselor şi garanțiile asociate acestora[19]. Se impun sub acest aspect două observații:

- Legea nr. 449/2003 nu reglementează răspunderea vânzătorului față de consumator decât în caz de lipsă a conformității. Cum îi va putea fi de folos, aşadar, acest act normativ consumatorului, în ipoteza nefurnizării bunului sau serviciului? Este de presupus că suntem în prezența unei inadvertențe legislative[20]. Dilema are, în opinia noastră, o singură soluție: dreptul comun, la care consumatorul va putea apela;

- întrucât consumatorul „*se poate* îndrepta împotriva comerciantului în condițiile prevăzute de Legea nr. 449/2003..." (s.n.), înseamnă că acestuia nu-i sunt interzise şi alte căi legale, alternative, pentru a obține de la furnizor predarea unor bunuri conforme, cum ar fi bunăoară procedura prevăzută de art. 1.691 C. civ. sau răspunderea pentru viciile ascunse, reglementată de art. 1.707-1.714 C. civ.[21]

Art. 65 al ordonanței, prin alin. (2), afirmă, proteguitor pentru consumator, răspunderea solidară a împrumutătorului cu vânzătorul pentru orice pretenții pe care consumatorul le ridică împotriva vânzătorului. Ne-am afla, se pare, în cazul unei solidarități pasive cu izvorul în lege. Dilema se instalează, însă, din momentul în care constatăm deosebirile față de reglementarea

---

[19] Modificată prin O.U.G. nr. 174/2008.

[20] Ipoteza normei este incorect formulată: „În cazul în care consumatorului nu i-au fost furnizate bunurile sau nu i-au fost prestate serviciile ori bunurile sau serviciile nu sunt conforme, acesta se poate îndrepta ...". Or, prima parte a ipotezei nu este acoperită de dispoziția normei, care se referă numai la bunurile sau serviciile neconforme.

[21] Această libertate de opțiune este recunoscută consumatorului şi prin art. 25 din Legea nr. 449/2003.

solidarității pasive, atât în vechiul Cod civil (art. 1042), cât şi în noul Cod civil (art. 1.447). Cauza acestor particularități o constituie preluarea, în cadrul armonizării maximale, a unor dispoziții ale art. 15 alin. (2) din Directiva 2008/48/CE. Într-adevăr, potrivit bine cunoscutelor efecte ale solidarității pasive, creditorul poate cere plata de la *oricare* dintre codatornici, care au calitatea de debitori principali, fără ca debitorul chemat în judecată să poată opune beneficiul de discuțiune sau beneficiul de diviziune. Alin. (1) al art. 65 instituie, însă, similar modelului comunitar, ierarhizarea debitorilor: în sarcina bancherului este stabilită o răspundere subsidiară, ceea ce înseamnă că nu va putea fi acționat în judecată decât în cazul în care consumatorul nu a reuşit să obțină de la vânzător „satisfacerea pretențiilor la care are dreptul în conformitate cu legislația sau cu contractul de furnizare a bunurilor sau a serviciilor". Este o răspundere fără culpă, consecință firească a „unității comerciale" pe care o reprezintă, potrivit art. 7 pct. 3 din O.U.G. nr. 50/2010, contractul de credit şi contractul de achiziție de bunuri sau servicii pe care îl finanțează. Admițând că suntem în prezența unei solidarități pasive, aceasta este, fără îndoială, una *sui-generis*. Rostul răspunderii furnizorului de credit constă în garantarea consumatorului împotriva riscului de a nu-şi putea acoperi paguba de la debitorul său nemijlocit – vânzătorul. Modul cum operează, însă, funcția de garanție apropie acest mecanism de protecție de fideiusiune, o „fideiusiune" a cărei sursă nu este convenția, ci legea[22]! Mai mult: „beneficiul de discuțiune" conferit bancherului are un regim juridic diferit față de cel din dreptul comun. Astfel, potrivit art. 2.294 C. civ., fideiusorul (convențional sau legal) are *facultatea* de a cere creditorului să urmărească mai întâi bunurile debitorului

[22] Potrivit prevederilor vechiului Cod civil (art. 1652-1684), fideiusiunea era de trei feluri: convențională, legală şi judecătorească. Această clasificare avea la bază un criteriu exterior naturii operațiunii, anume cine determină utilitatea sau necesitatea garantării: dacă în cazul fideiusiunii zise convenționale părțile erau cele care stabileau oportunitatea instituirii acestei garanții personale, în celelalte două cazuri, ea era impusă de lege sau de judecător. Întotdeauna, însă, natura fidejusiunii era contractuală, nimeni neputând deveni fideiusor împotriva voinței sale (a se vedea V.D. Zlătescu, *Garanțiile creditorului*, Editura Academiei RSR, 1970, p. 108 şi urm.). Noul Cod civil nu aduce nicio schimbare de viziune sub aceste aspecte (art. 2.280-2.320).

principal. Aceasta înseamnă că el poate fi urmărit direct de către consumator pentru realizarea creanței sale, fără o urmărire prealabilă a debitorului principal, şi că poate renunța la beneficiul de discuțiune. Dimpotrivă, art. 65 din O.U.G. nr. 50/2010 dispune imperativ acționarea într-un prim moment a vânzătorului, debitor principal, şi numai dacă acest demers eşuează devine posibilă urmărirea în justiție a instituției de credit.

Interdependența dintre operațiunile care alcătuiesc figura juridică a contractului legat generează, însă, şi dificultăți de corelare pe care legiuitorul român omite să le rezolve[23], transferând dilemele în sarcina judecătorului. De pildă, dacă şi în ce măsură consumatorul este ținut să-şi respecte obligațiile asumate prin contractul de credit, în ipoteza în care bunul/serviciul nu a fost livrat. În absența unui răspuns legal tranşant, apreciem că, dat fiind raportul de accesorialitate dintre credit şi contractul principal de cumpărare a unor bunuri/servicii, neîndeplinirea obligației de furnizare a acestora face inactuală şi obligația consumatorului de achitare a ratelor împrumutului[24].

Amintim apoi că, potrivit art. 16 din Legea nr. 449/2003, răspunderea vânzătorului poate fi angajată dacă lipsa de conformitate apare într-un termen de 2 ani de la data livrării produsului. Consumatorul va putea să solicite o reducere corespunzătoare a prețului sau rezoluțiunea contractului dacă sunt întrunite condițiile legale (art. 13)[25]. Care va fi, însă, soarta contractului de credit şi a ratelor plătite de consumator? Constatăm în primul rând că, pe durata purtării unui eventual litigiu cu furnizorul de bunuri/servicii [art. 65 alin. (1) din O.U.G.

---

[23] Potrivit art. 15 alin. (2), partea finală, din Directiva 2008/48/CE, „Statele membre au obligația de a determina măsura şi condițiile în care se poate exercita dreptul la despăgubiri." Apreciem că legiuitorul român nu şi-a îndeplinit corespunzător această obligație.

[24] Legea franceză dispune expres că, în această ipoteză, împrumutatul nu are nicio obligație față de creditor şi, pentru consecvență, în cazul contractelor cu executare succesivă, obligațiile debitorului față de bancher se întrerup odată cu întreruperea executării (art. L. 311-31, C.Consomm.).

[25] Condițiile, alternative, prevăzute de lege sunt: a) consumatorul nu beneficiază nici de repararea, nici de înlocuirea produsului; b) vânzătorul nu a luat măsura reparatorie într-o perioadă de timp rezonabilă; c) vânzătorul nu a luat măsura reparatorie, fără inconveniente semnificative pentru consumator.

nr. 50/2010][26], consumatorul pare a fi lăsat în capcana contractului de credit, ținut fiind să achite ratele. Protecția sa ar impune ca obligațiile ce-i incumbă din acest contract să poată fi suspendate pe durata procesului, aşa cum prevede legea franceză[27]. Inexistența unei atari dispoziții legale exprese va putea fi suplinită, credem, de către instanța de judecată, în temeiul raporturilor de conexitate dintre contracte: contractul de împrumut, fără existență autonomă, destinat fiind să asigure finanțarea contractului de vânzare-cumpărare, nu poate să-şi producă efecte atâta timp cât este pus în discuție destinul contractului principal.

În al doilea rând, dacă acțiunea consumatorului este admisă, se nasc întrebările: în cazul diminuării prețului produsului/serviciului, va mai putea creditorul să pretindă achitarea restului de rate, conform contractului de credit, calculate în funcție de prețul inițial?; ori, în ipoteza pronunțării rezoluțiunii contractului de vânzare-cumpărare[28], contractul de credit îşi va mai produce efecte, iar consumatorul va mai fi ținut să achite ratele împrumutului[29]? Comoditatea legiuitorului lasă pe seama justiției dezlegarea acestor întrebări. Dilemele nu vor putea fi rezolvate, în opinia noastră, decât în cheie procedurală: judecătorul va putea reduce ratele, respectiv va putea dispune şi rezoluțiunea contractului de credit, cu condiția introducerii bancherului în cauză. Oricum, conexitatea contractelor şi asocierea intereselor celor doi profesionişti – al comerțului şi al creditului – întru obținerea de profit ar fi trebuit să-l determine pe legiuitor, în contrapondere, să creeze un sistem cu adevărat eficient de protejare a consumatorului.

---

[26] Problema juridică este aceeaşi şi în cazul în care litigiul ar fi declanşat în temeiul dreptului comun, de pildă, anularea contractului de furnizare de bunuri/servicii pentru viciu de consimțământ ori pentru lipsa discernământului.

[27] Art. L. 311-32 C.Consomm. Condiția este ca împrumutătorul să fie parte în proces.

[28] Întrebarea subzistă şi în ipoteza desființării contractului principal pentru orice motiv prevăzut de dreptul comun.

[29] Legea franceză dispune expres că rezoluțiunea sau anularea contractului de vânzare-cumpărare atrage după sine şi rezoluțiunea contractului de împrumut, cu condiția participării împrumutătorului la judecată (art. L. 311-32 C.Consomm.).

# REGIMUL JURIDIC AL CLAUZELOR ABUZIVE ÎN CONTRACTELE DE CREDIT BANCAR

*Conf. univ. dr. Carmen Adriana GHEORGHE*
*Facultatea de Drept*
*Universitatea „Transilvania" Braşov*

***Abstract:*** *The paper analyses the regulation of the mechanism for elimination of unfair terms from the consumer credit contract, including the impact of the new collective actions for elimination of unfair terms from consumer contracts, with regard to the character, the limits and the effects of the judicial intervention.*

***Keywords:*** *consumer contract; consumer credit; standard terms; unfair terms; collective action*

***Rezumat:*** *Studiul analizează reglementarea mecanismului de reprimare a clauzelor abuzive din contractele de credit pentru consum, inclusiv impactul noilor acțiuni colective în eliminarea clauzelor abuzive din contractele de consum, în ceea ce privește caracterul, limitele și efectele intervenției judiciare.*

***Termeni-cheie:*** *contract de consum; credit pentru consum; clauze standard; clauze abuzive; acțiune colectivă*

## I. Introducere

Odată cu intensificarea preocupărilor europene din anii '90 în ceea ce priveşte promovarea, reglementarea şi protejarea noțiunii de consumator, precum şi, recent, prin exprimarea ideii că o creştere a consumului va sprijini ieşirea din criză a economiei, stimularea consumului a determinat ca pe agenda de lucru a

structurilor europene să fie inclusă frecvent politica de protecție a consumatorului de mărfuri, produse şi servicii[1].

Ca atare, rolul consumatorului dobândeşte noi valențe în complexitatea contextului actual, economic, juridic, social, iar importanța acordată reglementărilor şi practicii europene şi interne din domeniul dreptului consumului se impune pregnant şi stabil, de la o etapă la alta a construcției europene.

Astfel, se observă că argumentele aduse în preambulul Directivei 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii se referă la aspecte cum ar fi diferențele dintre legislații, responsabilitatea statelor, necunoaşterea normelor de drept de către consumatori etc., în domeniul contractelor încheiate de comercianți cu clienții lor (consumatori). Directiva invocă, în preambulul său, printre altele, faptul că *„legislația statelor membre privind clauzele contractelor încheiate între vânzătorul de bunuri sau furnizorul de servicii, pe de o parte, şi consumatorul acestora, pe de altă parte, prezintă multe diferențe, rezultatul acestei situații fiind faptul că pieţele naționale pentru vânzarea de bunuri şi servicii către consumatori sunt diferite unele de altele şi că poate apărea o denaturare a concurenței dintre vânzători şi furnizori, mai ales atunci când aceştia vând bunuri sau furnizează servicii în alte state membre"*, precum şi faptul că *„statele membre trebuie să se asigure că nu sunt incluse clauze contractuale abuzive, mai ales deoarece prezenta directivă se aplică, de asemenea, meseriilor, domeniilor de afaceri sau profesiilor de natură publică"*, după cum şi faptul că *„este necesar să se stabilească, în mod general, criteriile de apreciere a caracterului abuziv al clauzelor contractuale"*[2].

În ceea ce priveşte noua reglementare națională, Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesionişti şi consumatori, în varianta modificată şi completată în anul 2012, aceasta conferă efecte precedentului judiciar, în sensul că, dacă hotărârea instanței de judecată identifică clauze abuzive, toate

[1] L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, pp. 377-379.

[2] Directiva 93/13/CEE din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii.

contractele vizate vor fi afectate (vor fi eliminate clauzele nule şi vor fi modificate contractele, cu impunerea unor clauze conforme cu legislaţia). Oricine, instituţie, asociaţie sau simplu particular, va putea invoca această decizie pentru a obţine sancţionarea profesionistului care, în pofida hotărârii tribunalului, continuă să folosească acele contracte de adeziune care conţin clauze abuzive (soluţia se va putea impune şi în cazul în care, aparent, contractele s-au modificat, dar în fapt, conţin clauze abuzive care produc aceleaşi efecte; de exemplu, comisionul de risc redenumit comision de administrare)[3].

## II. Raportul juridic de dreptul consumului

Raportul juridic specific dreptului consumului implică, după modelul raportului juridic din alte ramuri de drept, relaţii sociale reglementate de norme juridice la care participă subiecte de drept, raport având ca obiect drepturi şi obligaţii specifice. Părţile raportului juridic de dreptul consumului sunt consumatorul şi profesionistul.

Remarcăm că principala caracteristică a acestui tip de raport juridic este poziţia de inferioritate a consumatorului-client faţă de profesionistul bancar, sub aspectul a două elemente esenţiale la încheierea contractului, în conformitate cu obiectivele propuse de Directiva 93/13/CEE:

1. puterea de negociere a părţilor;
2. nivelul de informare a părţilor.

Această situaţie îl face pe consumator să adere la condiţiile redactate în prealabil de către profesionist, fără ca el să poată modifica acest conţinut.

Beneficiarul legislaţiei protecţiei drepturilor consumatorului este, în principiu, consumatorul persoană fizică, acesta fiind considerat partea mai slabă în contract, parte care poate fi prejudiciată în drepturile şi interesele sale legitime prin impunerea sau practicarea de către operatorii economici/comercianţi/ profesionişti a unor practici comerciale neoneste. Legea îi conferă

---

[3] http://www.piperealaw.ro/ro-48-359-Despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar.html.

consumatorului, de multe ori prin derogare de la dreptul comun, protecție în raporturile juridice pe care acesta le întreține cu operatorii economici, precum şi o serie de drepturi speciale, cum ar fi dreptul la anularea unei clauze contractuale abuzive. Profesionistul este considerat partea mai puternică în cadrul raporturilor juridice cu consumatorul şi este cel căruia îi incumbă, în principiu, obligațiile şi interdicțiile impuse de legislația protecției consumatorului. El este titularul afacerii care se derulează prin raporturile juridice directe sau indirecte cu consumatorul[4].

Nu vom încerca în acest studiu să facem o prezentare exhaustivă a acestui raport juridic, ci vom desprinde spre analiză doar noțiunea de consumator de servicii bancare, precum şi pe aceea de profesionist bancar.

Înțelegem prin *consumator* orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care, în temeiul unui contract de consum, acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale [art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000].

*Consumatorul de servicii bancare* reprezintă acea categorie de consumatori care apelează la serviciile profesionistului bancar în scopul obținerii unui credit destinat a fi utilizat în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale, precum şi în scopul accesării altor servicii bancare.

Prin *profesionist* se înțelege orice persoană fizică sau juridică autorizată, care, în temeiul unui contract de consum, acționează în cadrul activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale, precum şi orice persoană care acționează în acelaşi scop în numele sau pe seama acesteia [art. 2 alin. (2) din Legea nr. 193/2000].

Banca reprezintă acea categorie de profesionişti – *profesionist bancar* – care are ca obiect principal activitatea de atragere de fonduri şi de acordare de credite. Concluziile studiului de față s-ar

[4] http://www.piperealaw.ro/ro-48-359-Despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar.html.

putea extinde asupra tuturor categoriilor de profesionişti din domeniul creditării, cum ar fi instituţiile financiare nebancare, inclusiv cele care efectuează operaţiuni de creditare prin leasing, factoring etc.[5]

## III. Noţiuni generale despre clauzele abuzive

Calificarea raportului juridic ca fiind unul care intră sub incidenţa legislaţiei privind protecţia consumatorilor atrage în sarcina profesionistului (atât în faza precontractuală, cât şi în executarea contractului încheiat cu consumatorul) o serie de obligaţii, între care un loc aparte îl ocupă obligaţia de a se abţine de la a insera în contractele cu consumatorii *clauze abuzive*[6].

Art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000 prevede că o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului şi contrar cerinţelor bunei-credinţe, un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor.

În consecinţă, clauza contractuală abuzivă este clauza care îndeplineşte cumulativ două condiţii:

a) nu a fost negociată direct cu consumatorul;

b) creează un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor.

Se consideră întotdeauna că o clauză nu s-a negociat individual atunci când a fost redactată în prealabil, iar din acest motiv consumatorul nu a avut posibilitatea de a influenţa conţinutul său, în special în cazul unui contract de adeziune. Faptul că anumite aspecte ale unei clauze sau o anumită clauză au fost negociate individual nu exclude aplicarea textului de lege pentru restul contractului, în cazul în care o evaluare globală a acestuia indică faptul că este, cu toate acestea, un contract de adeziune. În cazul în care orice vânzător sau furnizor pretinde că s-a negociat individual o clauză standard, acestuia îi revine sarcina

[5] L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *op. cit.*, pp. 311-315.

[6] http://www.piperealaw.ro/ro-48-359-Despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar.html.

probei. Însă, în general, negocierea reprezintă o etapă neglijată în procedura de încheiere a contractului de adeziune[7].

Dezechilibrul semnificativ creat în detrimentul consumatorului trebuie să fie contrar exigențelor bunei-credințe. Iată cum se argumentează la nivel european în favoarea aplicării principiului bunei-credințe: „în conformitate cu criteriile generale selectate, aprecierea caracterului abuziv al clauzelor, în special în cadrul activităților publice de vânzare sau furnizare, prin care se asigură servicii colective care iau în considerare solidaritatea dintre utilizatori, trebuie completată cu mijloace pentru efectuarea unei aprecieri globale a diferitelor interese implicate; întrucât aceasta constituie o cerință de bună-credință; întrucât, la aprecierea bunei-credințe, trebuie acordată o atenție deosebită forței pozițiilor de negociere ale părților, faptului de a şti dacă consumatorul a fost încurajat să-şi dea acordul pentru clauza în cauză şi dacă bunurile sau serviciile au fost vândute sau furnizate la cererea expresă a consumatorului; întrucât condiția de bună-credință poate fi îndeplinită de vânzător sau furnizor atunci când acesta acționează în mod corect şi echitabil față de cealaltă parte de ale cărei interese legitime trebuie să țină seama"[8].

Un exemplu de dezechilibru economic semnificativ într-un contract de creditare ar fi următorul: în contract s-a stipulat o clauză penală conform căreia pentru sumele neplătite la termen clientul (debitorul) va plăti penalități de 0,5% pentru fiecare zi de întârziere cu titlu de daune moratorii până la plata întregii sume. Această penalitate corespunde unui cuantum anual de 182,50% pe an, în timp ce dobânda bancară comercială pentru persoane juridice este de aproximativ 10-15% pe an.

## IV. Izvoarele normative ale reprimării clauzelor abuzive

Principalul act normativ la nivel național din domeniu este reprezentat de Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști şi consumatori.

---

[7] L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *op. cit.*, p. 376.

[8] Directiva 93/13/CEE din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii.

O clasificare a ansamblului dispozițiilor legale s-ar putea realiza în baza următoarelor criterii: cronologia adoptării, caracterul european sau intern al reglementării, scopul urmărit de legiuitor. O utilizare combinată a acestora determină trecere în revistă a următoarelor surse legale privitoare la clauzele abuzive:

- O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor[9];
- Legea nr. 296/2004 – Codul consumului[10];
- Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii[11];
- Directiva 93/13 CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii;
- Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți şi consumatori[12];
- Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice[13];
- Normele de aplicare a Legii nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice[14];
- Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori;
- O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, aprobată prin Legea nr. 288/2010[15];

---

[9] Publicată în M. Of. nr. 212 din 28 august 1992.

[10] Republicată în M. Of. nr. 224 din 24 martie 2008, modificată prin Legea nr. 161/2010 pentru modificarea art. 84 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului şi a Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți şi consumatori publicată în M.Of. nr.497 din 19 iulie 2010.

[11] Publicată în M. Of. nr. 899 din 28 decembrie 2007.

[12] Republicată în M. Of. nr. 305 din 18 aprilie 2008, iar ulterior modificată prin Legea nr. 161/2010 pentru modificarea art. 84 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului şi a Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți şi consumatori, publicată în M. Of. nr. 497 din 19 iulie 2010.

[13] Publicată în M. Of. nr. 611/2004, republicată în M. Of. nr. 319 din 23 aprilie 2008.

[14] Aprobate prin Ordinul președintelui A.N.P.C. nr. 570/2009, publicat în M. Of. nr. 750 din 4 noiembrie 2009.

[15] Publicată în M. Of. nr. 389 din 11 iunie 2010.

- Legea nr. 76/2012 de punere în aplicare a noului Cod de procedură civilă[16].

## V. Clauzele abuzive stipulate expres în Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori

Legea prevede în mod expres că dacă o clauză contractuală este susceptibilă de mai multe înțelesuri, aceasta se interpretează în favoarea consumatorului. Dacă un profesionist susține că a negociat clauzele cu un consumator, profesionistul are obligația probării în scris a negocierii.

În anexa la lege este prevăzută o listă în care sunt cuprinse clauzele considerate ca fiind abuzive, cum ar fi cele care dau dreptul profesionistului de a modifica unilateral clauzele contractului, fără a avea un motiv întemeiat care să fie precizat în contract sau obligă consumatorul să se supună unor condiții contractuale despre care nu a avut posibilitatea reală să ia cunoștință la data semnării contractului ori să își îndeplinească obligațiile contractuale, chiar și în situațiile în care profesionistul nu și le-a îndeplinit pe ale sale etc.

## VI. Clauzele abuzive în contractele de credit bancar

În cazul unui contract de credit bancar, o clauză abuzivă poate să aibă legătură cu modificarea modului de calcul al costurilor creditorului (dobândă și comisioane), precum și cu echilibrul juridic dintre drepturile și obligațiile părților. Considerând clauza respectivă fără efect, consumatorul ar putea, în baza art. 6 din Legea nr. 193/2000, fie să refuze să achite costul, fie să achite numai acea parte din cost pe care o consideră corect calculată. Dar contractul, care este, conform legislației bancare, titlu executoriu, prevede modalități de sancționare a debitorului pentru neexecutarea unei obligații. Spre exemplu, neplata unui cost al creditului se poate sancționa cu penalități de întârziere, cu

[16] Intrată în vigoare la 1 februarie 2013.

declararea scadenței anticipate a creditului (prin efectul unei astfel de clauze, un contract cu executare succesivă se transformă, prin voința exclusivă a băncii, într-un contract cu *executare instantanee*) şi cu executarea silită a debitorului, inclusiv a garanțiilor accesorii creditului. În mod cert, astfel de mijloace aflate la dispoziția creditorului profesionist, care le-a introdus în contractul de adeziune pentru a se asigura contra unor riscuri de neexecutare a contractului, au efect intimidant față de consumator, acesta nefiind în măsură să îşi realizeze dreptul pus la dispoziția sa de art. 6 din Legea nr. 193/2000. Într-o măsură foarte mare, textul legal nu are, în aceste condiții, aplicabilitate practică, întrucât consumatorul, de teama sancțiunilor şi a executării silite[17], nu va apela la măsurile de protecție.

Cea mai frecventă situație întâlnită în practica bancară este cea în care caracterul abuziv al clauzelor este dat de faptul că dobânda este formată dintr-o marjă fixă plus dobânda de referință/indicele intern al băncii; plecând de la această premisă, se remarcă numărul crescut al situațiilor în care clauzele permit băncii modificarea în mod unilateral şi discreționar a cuantumului dobânzilor.

În acelaşi context, în contractele de credit bancar sunt prevăzute clauze care reglementează plata unui comision de risc, calculat la valoarea inițială a creditului.

Alte clauze sunt cele care rezervă dreptul băncilor de a converti moneda creditului în altă monedă şi, odată cu aceasta, de a modifica dobânda aplicabilă creditului; banca pretinde de la împrumutat costurile aferente acestor operațiuni. Banca va putea aprecia în mod discreționar cu privire la moneda în care se vor face rambursările şi va aplica o dobândă diferită, aferentă monedei selectate de bancă. În consecință, în temeiul acestei clauze, banca îşi rezervă dreptul de a schimba produsul bancar

[17] http://www.piperealaw.ro/ro-48-359-Despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar.html, http://www.juridice.ro/231705/dreptul-fundamental-la-un-nivel-ridicat-de-protectie-asigurat-consumatorului-de-credite-si-obligatia-corelativa-impusa-instantei-nationale.html.

pentru care a optat împrumutatul, în cazul în care condițiile pieței îi vor fi favorabile acestuia din urmă.

Pe de altă parte, trebuie menționate prevederile referitoare la debitarea automată de către bancă a conturilor clienților în cazul plății cu întârziere a ratelor, contractul prevăzând dreptul băncii de a debita orice cont al consumatorului, inclusiv de a desființa un depozit, ceea ce l-ar lipsi pe titular de dreptul de a încasa dobânda aferentă.

În fine, clauza abuzivă de asigurare are în vedere obligația împrumutatului de a încheia contractul de asigurare cu o societate de asigurări parteneră sau agreată de bancă şi dreptul băncii de a alege noua societate de asigurări care reînnoieşte polița.

## VII. Competența constatării clauzelor abuzive

Constatarea caracterului abuziv al clauzelor se face din oficiu de către judecătorul național, conform Directivei 193/93/CEE. Protecția efectivă a consumatorului nu poate fi asigurată decât în măsura în care judecătorului național i se recunoaşte posibilitatea de a aprecia din oficiu o asemenea clauză. Iată poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie: *„în privința întrebării dacă un tribunal sesizat într-un litigiu vizând un contract încheiat între un profesionist şi un consumator poate aprecia din oficiu caracterul abuziv al unei clauze, trebuie amintit că sistemul de protecție instituit prin Directiva 93/13/CEE se bazează pe ideea potrivit căreia consumatorul se află într-o situație de inferioritate față de profesionist, atât în ceea ce priveşte puterea de negociere, cât şi nivelul de informare, situație care îl face să adere la condițiile redactate în prealabil de către profesionist, fără ca el sa poată modifica acest conținut. (...) În plus, obiectivul urmărit prin art. 6 al Directivei, care impune statelor membre să prevadă că aceste clauze abuzive nu îi leagă pe consumatori, nu ar putea fi atins dacă aceştia din urmă ar trebui să se găsească în situația de a invoca ei înşişi caracterul abuziv al acestor clauze. În litigiile a căror valoare este deseori limitată, onorariile avocaților pot fi superioare sumelor în discuție, ceea ce-l poate descuraja pe consumator să se apere împotriva aplicării unei clauze abuzive.*

*Dacă este adevărat ca în unele state membre normele procedurale le permit particularilor să se apere ei înşişi, exista un risc, deloc neglijabil, ca, din ignoranţă, consumatorul să nu invoce caracterul abuziv al clauzei ce i se opune. În consecinţă, protecţia efectivă a consumatorului nu poate fi asigurată decât în măsura în care judecătorului naţional i se recunoaşte posibilitatea de a aprecia din oficiu o asemenea clauză"*[18].

Precizările de mai sus vin în contextul în care există state membre în care obiectivele urmărite prin directivă nu sunt atinse. Astfel, spre exemplu, în Spania instanţele pot fi sesizate cu cereri având ca obiect plata unei creanţe pecuniare, scadente, exigibile şi care nu depăşeşte suma de 30.000 de euro, atunci când cuantumul acestei creanţe este dovedit în mod corespunzător. Dacă o astfel de cerere este formulată cu respectarea acestor cerinţe, debitorul trebuie să plătească datoria sau poate formula opoziţie la plată în termen de 20 de zile, litigiul fiind judecat în acest caz în cadrul unei proceduri civile ordinare. Legislaţia spaniolă nu permite, însă, instanţelor sesizate cu o cerere de somaţie de plată să declare, din oficiu, nulitatea clauzelor abuzive cuprinse într-un contract încheiat între un vânzător sau un furnizor şi un consumator. Astfel, analiza caracterului abuziv al clauzelor unui astfel de contract nu este posibilă decât în cazul în care consumatorul se opune plăţii. În plus, atunci când o instanţă spaniolă are posibilitatea să constate nulitatea unei clauze abuzive incluse într-un contract încheiat cu consumatorii, reglementarea naţională îi permite să completeze contractul prin modificarea conţinutului acestei clauze, astfel încât să se elimine caracterul ei abuziv.

Într-o hotărâre pronunţată în privinţa acestor dispoziţii ale legislaţiei naţionale, Curtea de Justiţie a Uniunii Europene constată, în primul rând, că instanţa naţională este obligată să analizeze din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale dintr-un contract încheiat cu consumatorii, de îndată ce dispune de elementele de drept şi de fapt necesare în acest sens. Or, Curtea

[18] http://www.juridice.ro/231705/dreptul-fundamental-la-un-nivel-ridicat-de-protectie-asigurat-consumatorului-de-credite-si-obligatia-corelativa-impusa-instantei-nationale.html.

a constatat că reglementarea spaniolă nu permite unei instanțe sesizate cu o cerere de somație de plată să aprecieze din oficiu – deşi dispune deja de toate elementele de drept şi de fapt necesare în acest scop – caracterul abuziv al clauzelor. În aceste condiții, Curtea a considerat că un astfel de sistem procesual este de natură să aducă atingere efectivității protecției pe care directiva privind clauzele abuzive a intenționat să o confere consumatorilor.

Astfel, ținând seama de configurația generală, de modul de desfăşurare şi de particularitățile procedurii somației de plată, există un risc care nu este neglijabil ca niciunul dintre consumatorii implicați să nu formuleze opoziția necesară pentru a se putea constata nulitatea unei clauze abuzive. O serie de factori ar putea descuraja consumatorii să formuleze opoziție (termenul deosebit de scurt prevăzut pentru formularea unei astfel de opoziții, costurile pe care le presupune o acțiune în justiție şi raportul dintre acestea şi cuantumul creanței contestate, necunoaşterea de către consumatori a drepturilor pe care le au, caracterul incomplet al informațiilor de care dispun, determinat de conținutul limitat al cererii de somație de plată formulate de vânzători sau de furnizori). Ar fi suficient ca vânzătorii sau furnizorii să inițieze o procedură de somație de plată în locul unei proceduri civile ordinare pentru a-i lipsi pe consumatori de protecția pe care urmăreşte să o asigure directiva.

În aceste condiții, Curtea a constatat că reglementarea procesuală spaniolă nu este compatibilă cu directiva, întrucât face imposibilă sau excesiv de dificilă, în cadrul procedurilor inițiate de vânzători sau de furnizori împotriva consumatorilor, aplicarea protecției pe care directiva urmăreşte să o confere acestora din urmă.

Curtea a amintit, în al doilea rând, că, potrivit directivei, o clauză abuzivă inclusă într-un contract încheiat între un vânzător sau un furnizor şi un consumator nu creează obligații pentru acesta din urmă şi că un contract care cuprinde o astfel de clauză continuă să angajeze părțile în aceiaşi termeni în cazul în care poate continua să existe fără această clauză abuzivă. Prin urmare, Curtea a constatat că directiva se opune reglementării spaniole

care îi permite instanței naționale, atunci când constată nulitatea unei clauze abuzive, să modifice conținutul acestei clauze.

Curtea a considerat că, în cazul în care instanța națională ar avea o astfel de posibilitate, aceasta din urmă ar putea să elimine efectul descurajator pe care îl are asupra vânzătorilor sau furnizorilor faptul că clauzele abuzive nu sunt pur şi simplu aplicate în ceea ce priveşte consumatorii. Prin urmare, această posibilitate ar garanta o protecție a consumatorilor mai puțin eficace decât cea care rezultă din neaplicarea acestor clauze. Astfel, în cazul în care instanța națională ar avea posibilitatea să modifice conținutul clauzelor abuzive, vânzătorii sau furnizorii ar fi în continuare tentați să utilizeze aceste clauze, ştiind că, chiar dacă acestea ar fi invalidate, contractul ar putea fi, totuşi, completat de instanță.

În consecință, atunci când constată existența unei clauze abuzive, instanțele naționale au numai obligația de a exclude aplicarea unei astfel de clauze pentru ca aceasta să nu producă efecte obligatorii în ceea ce priveşte consumatorul, fără a avea posibilitatea să modifice conținutul acesteia. Astfel, contractul în care este inclusă clauza trebuie să continue să existe, în principiu, fără nicio altă modificare decât cea rezultată din eliminarea clauzelor abuzive, în măsura în care, în conformitate cu normele dreptului intern, o astfel de menținere a contractului este posibilă din punct de vedere juridic[19].

## VIII. Efectele constatării clauzelor abuzive

Mai întâi, câteva exemple din jurisprudența națională. Mai multe clauze contractuale, introduse de *Volksbank* în contractele bancare, au fost declarate abuzive de instanțe. Printre acestea se numără comisionul de risc, dobânda fixă devenită variabilă sau comisionul de urmărire a poliței de asigurare. O.U.G. nr. 50/2010 obligă băncile să perceapă doar patru tipuri de comisioane la credite, orice alt comision fiind interzis. Inițial, ordonanța s-a aplicat atât pentru creditele noi acordate, cât şi pentru cele în

[19] http://www.juridice.ro/205989/cjue-clauzele-abuzive-nu-pot-fi-modificate-de-instanta-nationala-ele-trebuie-declarate-nule.html;http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/cp120077ro.pdf.

derulare. În acest sens, băncile erau obligate să încheie acte adiționale cu clienții, în cel mult 90 de zile de la apariția ordonanței. De asemenea, băncile au fost obligate ca până la finele lunii septembrie 2010 să modifice contractele de credite semnate înainte de luna iunie a aceluiași an, pentru a fi în conformitate cu prevederile legale menționate. Modificarea s-a făcut prin acte adiționale, intrate în vigoare prin semnarea lor de către clienți sau în mod automat, prin acceptare tacită. *Volksbank* a fost obligată în mai multe rânduri, prin sentințe definitive și irevocabile, să restituie clienților sumele de bani percepute cu titlu de comisioane, declarate ulterior abuzive, și să modifice clauzele contractuale.

Efectele constatării caracterului abuziv al clauzelor dintr-un contract de creditare pot fi analizate: (i) față de clauzele puse în discuție de instanță și constatate ca fiind lovite de nulitate absolută – aceste clauze sunt eliminate din contract; (ii) față de contract, în sine, în cazul în care se constată caracterul abuziv al unor clauze – contractul continuă să își producă efectele, în măsura în care acest lucru este posibil, deoarece nulitatea este doar parțială (art. 13 și 14 din Legea nr. 193/2000); (iii) față de profesionist se aplică sancțiunea contravențională stabilită în sarcina sa de către autoritățile competente în domeniul protecției consumatorilor[20].

## IX. Tendințe viitoare în aplicarea reglementărilor privind regimul juridic al clauzelor abuzive

Conform noului art. 13 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, modificat prin Legea nr. 76/2012 de punere în aplicare a noului Cod de procedura civilă, *„instanța, în cazul în care constată existența clauzelor abuzive în contract, obligă profesionistul* (banca, în cazul nostru – n.n.) *să modifice toate contractele de adeziune în curs de executare, precum și să elimine clauzele abuzive din contractele preformulate, destinate a fi utilizate în cadrul activității profesionale"*.

[20] http://www.piperealaw.ro/ro-48-359-Despre-clauzele-abuzive-din-contractele-de-credit-bancar.html.

Despre acest text de lege, care facilitează eliminarea clauzelor abuzive din contractele de credit la nivelul întregului portofoliu de credite specifice acordate de o bancă, Asociația Română a Băncilor susține că ar putea genera pierderi de sute de milioane de euro anual sistemului bancar. Noua lege îi împuterniceşte pe judecători să oblige băncile să elimine o clauză abuzivă din toate contractele de acelaşi gen atunci când constată existența acesteia într-un anumit caz.

Chiar dacă instanța nu va obliga băncile să returneze comisioanele încasate ilegal tuturor clienților prin decizia pronunțată în procesul colectiv, faptul că anumite clauze vor fi declarate abuzive pentru toate contractele va facilita procesul de recuperare a banilor.

Se apreciază, totuşi, că ar putea apărea o serie de probleme de aplicare a legii, având în vedere că pot exista mai multe litigii de acest fel pe rolul unor instanțe diferite şi cu posibile verdicte diferite.

## X. Concluzii

Următoarele observații cu caracter conclusiv se desprind în urma studiului de față:

*A. Consumatorii*

- Se constată existența unei discriminări între diferitele categorii de consumatori, în sensul asigurării unei protecții sporite a celor care apelează la serviciile profesionistului bancar.

*B. Băncile*

- Se observă o anumită sensibilizare a băncilor la încheierea contractelor de credit, sub imperiului noilor prevederi legislative şi a presiunii soluțiilor judecătoreşti date în materie bancară [21] băncile modificând conținutul unor contracte bancare.

[21] Îngrijorarea bancherilor vine în contextul în care mii de clienți persoane fizice au denunțat în ultimii ani clauzele abuzive din contractele de credit, iar în unele cazuri băncile au fost obligate să returneze o parte din comisioane sau să reducă drastic marjele de dobândă aplicate. – http://www.juridice.ro/233776/tuca-

*C. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor/ asociațiile reprezentative pentru protecția consumatorilor*

- Autoritățile competente în materie dobândesc un rol accentuat în strategia Uniunii Europene de protecție a consumatorului. Pentru ca procedura să se aplice, clauza abuzivă trebuie să fie reclamată ca atare de către Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorului sau de către o asociație reprezentativă pentru protecția consumatorului.

*D. Instanța de judecată*

- Se remarcă creşterea numărului cauzelor de drept bancar aflate pe rolul instanțelor. Instanța poate constata din oficiu faptul că o clauză contractuală constituie o clauză abuzivă.

- Precedentul judiciar ar urma să devină izvor de drept prin invocarea sa în actualul context al prevederilor legislative.

- A apărut o formulă nouă de chemare în judecată, caracterizată printr-un număr de reclamanți care fac parte din categoria clienților de acelaşi tip ai unui profesionist, similară aşa-numitei *class action* (proces colectiv).

*E. Dreptul consumului*

- Se impune o analiză a statutului celorlalte categorii de consumatori, din contractele de asigurare, leasing, servicii de telefonie etc., cu scopul identificării precise a clauzelor abuzive tipice pentru fiecare domeniu economic.

Este necesară continuarea procesului de educare permanentă a consumatorului, ca şi apariția unei noi profesii, aceea de consultant bancar.

zbarcea-asociatii-obtine-o-victorie-importanta-in-domeniul-litigiilor-dintre-banci-si-consumatori-persoane-fizice.html

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# LEASINGUL PENTRU CONSUM DIN PERSPECTIVA ORDONANȚEI DE URGENȚĂ A GUVERNULUI NR. 50/2010 PRIVIND CONTRACTELE DE CREDIT PENTRU CONSUMATORI

*Lect. univ. dr. Sergiu* ***POPOVICI***
*Facultatea de Drept*
*Universitatea de Vest din Timişoara*

***Abstract:*** *The entry into force of the Government Emergency Ordinance no. 50/2010 on credit agreements for consumers represented the first legislative recognition of the association between leasing and consumer credit agreements. Paradoxically, the application of this new regulation leaded to the exclusion of the leasing agreements for consumers from the protection provided for the credit consumer, even if this protection was recognised under the scope of the previous Law no. 289/2004.*

***Keywords:*** *consumer credit, financial leasing, obligation to buy, right of option, early repayment, right of withdrawal*

***Rezumat:*** *Intrarea în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori a constituit prima consacrare legislativă a asocierii dintre contractele de leasing și creditul pentru consum. În mod paradoxal, însă, odată cu aplicarea noului act normativ, contractele de leasing în care utilizatorul are calitatea de consumator, deși puteau fi cuprinse în domeniul de aplicabilitate a vechii Legi nr. 289/2004, au fost excluse de la protecția instituită pentru consumatorul de credite.*

***Termeni-cheie:*** *credit pentru consumatori, leasing financiar, obligația de a cumpăra, dreptul de opțiune, rambursare anticipată, dreptul de retragere*

## 1. Considerații introductive

Directiva Consiliului nr. 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori și de abrogare a Directivei nr. 87/102/CEE a Consiliului[1]

[1] Publicată în JOUE din 22 mai 2008.

urmăreşte instituirea unei protecţii uniforme a consumatorilor privitor la contractarea de către aceştia a unor credite pe teritoriul Uniunii Europene, contribuind, astfel, la asigurarea obiectivelor cuprinse în preambul, printre care evitarea distorsionării concurenţei între instituţiile de credit şi asigurarea liberei circulaţii a bunurilor şi serviciilor.

Protecţia instituită în materia creditului pentru consum urmăreşte evitarea supraîndatorării consumatorului persoană fizică, atunci când acesta a contractat credite prea multe sau prea oneroase în scopuri personale, supraevaluându-şi puterea de a achita la termen ratele aferente, sau dacă se vede pus în situaţia de a nu restitui creditul din cauza unor evenimente neprevăzute[2].

Transpunerea directivei în dreptul intern a fost realizată prin intermediul O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori[3], prin care s-a abrogat Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice.

Potrivit art. 7 pct. 2 din O.U.G. nr. 50/2010, în concordanţă cu art. 3 lit. c) al Directivei nr. 2008/08/CE, reprezintă contract de credit, în accepţiunea reglementării, „contractul prin care un creditor acordă, promite sau stipulează posibilitatea de a acorda unui consumator un credit sub formă de amânare la plată, împrumut sau alte facilităţi financiare similare, cu excepţia contractelor pentru prestarea de servicii în mod continuu ori pentru furnizarea de bunuri de acelaşi fel, atunci când consumatorul plăteşte pentru asemenea servicii sau bunuri în rate, pe durata furnizării lor".

Această definiţie legală dezvăluie funcţia economică a creditului, deoarece legiuitorul reuneşte în sfera sa contracte având naturi diferite, fără a ţine cont dacă, în concret, se încheie un

[2] Pentru detalii privind reglementarea leasingului pentru consum sub imperiul legislaţiei anterioare, a se vedea S. Popovici, *Contractul de leasing*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, pp. 266-285.

[3] Publicată în M. Of. nr. 389 din 11 iunie 2010.

împrumut, o vânzare-cumpărare, o locațiune sau altă operațiune juridică. Important este că perfectarea respectivului contract îi permite unei persoane să obțină imediat o prestație, fie că este vorba despre o sumă de bani, un bun sau un serviciu, a cărei valoare o va plăti mai târziu. În acest sens, s-a apreciat că decalajul de timp este elementul caracteristic al operațiunii, furnizorul creditului acceptând să aştepte o anumită perioadă înainte să ceară plata creanței sale[4].

## 2. Domeniul de aplicare a legislației privind protecția consumatorului de credit şi contractul de leasing

Înainte de orice alte precizări, trebuie menționat că asocierea dintre creditul pentru consum şi leasing este, desigur, posibilă doar în ceea ce priveşte leasingul financiar[5].

Domeniul de aplicare a O.U.G. nr. 50/2010 şi a Directivei nr. 2008/08/CE este determinat prin excludere. În acest sens, definiția generală a creditului pentru consum se completează cu art. 2 din lege, care enumeră, asemănător art. 2 din directivă, mai multe excepții de la sfera incidenței sale.

Fără a analiza în profunzime domeniul de aplicare a protecției în ceea ce priveşte creditul pentru consum, relevantă pentru operațiunile de leasing este prevederea art. 2 lit. a) din ordonanță, conform căreia actul normativ nu este aplicabil în ceea ce priveşte „contracte de închiriere sau de leasing, în cazul în care obligația de cumpărare a obiectului contractului nu este stabilită nici prin respectivul contract, nici prin alt contract separat ". Art. 2 lit. d) din directivă cuprinde şi o mențiune care nu a mai fost preluată de O.U.G. nr. 50/2010, anume că „se consideră că există o astfel de obligație (de a cumpăra bunul dat în leasing – n.n.) în cazul în care creditorul decide acest lucru în mod unilateral".

---

[4] J. Calais-Auloi, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2006, p. 395.

[5] Leasingul operațional este incompatibil cu noțiunea de finanțare, deci şi cu noțiunea de credit. Întrucât O.G. nr. 51/1997, deşi priveşte operațiunile de leasing în general, instituie în realitate regimul juridic al leasingului financiar (S. Popovici, *op. cit.*, p. 26 şi urm.), din punctul de vedere al prezentei lucrări, referirile la leasing în general vor privi în mod direct leasingul financiar.

Pentru a stabili dacă leasingul financiar cade sub incidența legislației în materia creditului pentru consum, trebuie, deci, stabilit mai întâi dacă acesta poate fi asimilat unui credit, în accepțiunea art. 7 pct. 2 din ordonanță, iar, în al doilea rând, dacă este incidentă excepția reglementată la art. 2 lit. a) din același act normativ.

Referitor la prima problemă, funcția de creditare a leasingului financiar este incontestabilă[6].

Literatura de specialitate din Franța asimilează această varietate de leasing unui credit de investiții, chiar dacă beneficiarul nu devine imediat proprietarul obiectului tranzacției. Față de calificarea de mai sus, leasingul a fost considerat ca fiind un „credit în natură" sau o „operațiune cu scop financiar grevată pe un contract de închiriere"[7].

Aceeași concluzie rezultă și din analiza sistematică a prevederilor legale în materia instituțiilor financiare. Potrivit art. 7 alin. (1) pct. 1 din O.U.G. nr. 99/2006, prin activitate bancară se înțelege atragerea de depozite sau alte fonduri rambursabile de la public și acordarea de credite în cont propriu. Art. 18 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 99/2006 indică în mod expres leasingul financiar ca variantă de creditare ce poate forma obiectul activității bancare.

Conform art. 5 lit. c) raportat la art. 14 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 93/2009, are calitatea de instituție financiară nebancară orice entitate care desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de lege, leasingul financiar fiind menționat expres la art. 14 alin. (1) lit. b).

Conform reglementărilor actuale, contractul de leasing este menționat în mod direct atât de O.U.G. nr. 50/2010, cât și de Directiva nr. 2008/08/CE, deci posibilitatea calificării leasingului

---

[6] A se vedea, în acest sens, și S. Popovici, *op. cit.*, pp. 268 și 269.

[7] Charlier, citat de D. Clocotici, G. Gheorghiu, în *Operațiunile de leasing*, Ed. Lumina Lex, București 2000, p. 26. În doctrina de dreptul comerțului internațional din Franța, s-a afirmat chiar că, înainte de toate, contractul de *crédit-bail* este o tehnică de finanțare (J.M. Jacquet, P. Delebecque, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2002, p. 248).

financiar drept credit conform definiției generale nu mai poate fi contestată[8].

Referitor la a doua problemă, noua reglementare modifică regimul juridic consacrat prin art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 289/2004, echivalentul art. 2 lit. b) din Directiva nr. 87/102/CEE, potrivit cărora legislația în materia creditului pentru consum nu era incidentă în materia „contractelor de închiriere, cu excepția contractelor care prevăd ca finalitate transferul titlului de proprietate către chiriaş".

Parafrazând formularea din actele normative abrogate, un contract de închiriere care avea drept finalitate transferul titlului de proprietate către chiriaş era supus protecției instituite în materia creditului pentru consum. La concluzia potrivit căreia şi contractele de leasing ar fi cuprinse în sfera acestei protecții se putea, însă, ajunge doar în urma unui demers interpretativ anevoios, ce presupunea depăşirea caracterizării contractului de leasing drept un contract numit şi analiza finalității acordului de voință, finalitate care la leasingul financiar era (şi este) transferul eventual al proprietății la finalul contractului contra plății valorii reziduale[9].

Cu toate acestea, în ciuda dificultății demersului interpretativ, contractele de leasing financiar erau în mod obişnuit supuse prevederilor Legii nr. 289/2004 atunci când utilizatorul avea calitatea de consumator.

Actualmente, deşi există prevederi expres aplicabile contractelor de leasing care intră în sfera de cuprindere a O.U.G. nr. 50/2010, în mod paradoxal, intrarea în vigoare a acestui act normativ a exclus practic de la sfera sa de incidență toate contractele de leasing financiar pentru consum.

---

[8] Sub imperiul vechii legislații, care nu cuprindea o consacrare expresă a leasingului în materia creditului pentru consum, s-a opinat că închirierea cu funcție de credit (vânzarea cu rezerva dreptului de proprietate sau locațiunea-vânzare) face parte din sfera de cuprindere a reglementării, însă, în ciuda asemănărilor cu leasingul, legea nu se referă şi la contractul reglementat prin O.G. nr. 51/1997 – E. Mihai, *Lecții de dreptul consumului*, Ed. Mirton, Timişoara 2007, pp. 192 şi 193. Noua reglementare are meritul de a exclude astfel de interpretări.

[9] Pentru detalii, a se vedea S. Popovici, *op. cit.*, pp. 269-271.

Am arătat mai sus că, potrivit art. 2 lit. a) din O.U.G. nr. 50/2010, aceasta nu se aplică acelor contracte de leasing în cazul cărora nu a fost stabilită obligația de cumpărare a obiectului contractului de către utilizator. Cu alte cuvinte, intră în sfera de cuprindere a legislației privind creditul pentru consumatori doar acele contracte de leasing în cadrul cărora utilizatorul este obligat să cumpere bunul dat în leasing la finalul perioadei contractuale, indiferent dacă această obligație a fost inserată expres în contractul de leasing sau într-un înscris separat.

Obligația utilizatorului de a cumpăra la finalul contractului bunul dat în leasing nu este însă *de lege lata* reglementată niciunde în dreptul intern, nefiind amintită nici măcar indirect în cadrul legislativ din România.

Motivul acestei omisiuni îl constituie faptul că o asemenea obligație înlătură unul dintre cele mai importante elemente de distincție ale leasingului financiar în raport cu alte contracte asemănătoare: dreptul de opțiune al utilizatorului.

Acest drept este consacrat în mod expres prin definiția legală a leasingului – art. 1 alin. (1) din O.G. nr. 51/1997 – şi cunoaşte limitări doar în alte acte normative. Subliniem că singura restrângere legislativă ce are ca efect înlăturarea dreptului de opțiune al utilizatorului o constituie posibilitatea indirect consacrată la art. 7 alin. (1) pct. 8 C. fisc. de a fi stipulată obligația restituirii bunului în cazul leasingului operațional, care nu prezintă, însă, relevanță în ceea ce priveşte prezentul studiu.

Singurele restrângeri aparente ale dreptului de opțiune ce ar putea privi leasingul financiar sunt cele cuprinse la art. 7 alin. (1) pct. 7 lit. b) C. fisc, potrivit căruia are caracter financiar acel contract de leasing care „prevede expres transferul dreptului de proprietate asupra bunului ce face obiectul leasingului către utilizator la momentul expirării contractului", precum şi cele referitoare la leasingul imobiliar cu clauză irevocabilă de vânzare[10].

[10] Pentru detalii, a se vedea S. Popovici, *op. cit.*, pp. 35-46.

În ambele situații, s-a arătat că transferul proprietății la finalul contractului este stipulată prin clauze contractuale inserate în favoarea utilizatorului, motiv pentru care acesta poate refuza plata valorii reziduale, cu consecința rămânerii bunului în patrimoniul finanțatorului[11]. Mai mult, s-a considerat că dreptul de opțiune este nu doar de natura, ci chiar de esența contractului de leasing, în sensul că un astfel de drept poate fi exercitat indiferent dacă a fost sau nu inserat în contract[12].

Concluzionând, este dificil de susținut că un contract intitulat ca fiind leasing, dar în care utilizatorul are obligația de a cumpăra bunul la finalul perioadei contractuale, își menține natura juridică a unui contract de leasing. Astfel de operațiuni nu sunt vizate de reglementarea generală, anume O.G. nr. 51/1997, şi nici măcar de restrângerile aparente aduse prin actele normative cu incidență specifică.

*De lege lata*, singura mențiune a contractului de leasing în care utilizatorul este obligat să cumpere bunul este cea din cadrul art. 2 lit. a) din O.U.G. nr. 50/2010. Această mențiune nu numai că are caracter izolat, dar contravine chiar definiției generale a contractului de leasing din cadrul art. 1 alin. (1) al O.G. nr. 51/1997, precum şi opiniilor exprimate în literatura de specialitate privind natura juridică a contractului de leasing.

Dificultatea susținerii naturii juridice de leasing a unui contract în care utilizatorul are obligația cumpărării bunului la final a condus, probabil, la inexistența unor astfel de contracte anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 50/2010. După aplicarea noului act normativ, putem afirma fără rezerve că situația nu se va modifica.

În cazul leasingului pentru consum, prin ipoteză, contractele sunt aproape întotdeauna de adeziune, partea care impune clauzele standard fiind profesionistul, în speță finanțatorul. Inserarea în formularele societăților de leasing a obligației

---

[11] G. Tița-Nicolescu, *Leasing*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 62.

[12] *Ibidem*, p. 234. Am subscris acestei opinii cu rezerva ce decurge din reglementarea leasingului operațional, la care am făcut referire mai sus. Pentru detalii, a se vedea S. Popovici, *op. cit.*, p. 146 şi urm.

utilizatorului de a cumpăra bunul ar atrage, pe lângă problemele privind natura juridică a contractului, intrarea acestuia în sfera de cuprindere a O.U.G. nr. 50/2010, act normativ ce conține doar obligații suplimentare pentru finanțatori, fără niciun beneficiu în contraprestație. Rezultă astfel că finanțatorii nu au niciun interes să-şi modifice contractele standard anterioare intrării în vigoare a O.U.G. nr. 50/2010, contracte care am arătat că nu conțin obligația utilizatorului de cumpărare a bunului la finalul perioadei de leasing.

Concluzionând, intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 50/2010 a avut, din punctul de vedere al contractelor de leasing, efectul complet opus celui urmărit. Deşi noul act normativ aminteşte expres leasingul în domeniul său de aplicabilitate, din punct de vedere concret el a înlăturat toți utilizatorii consumatori de credite de la protecția pe care o instituie, protecție de care aceştia puteau beneficia conform fostei Legi nr. 289/2004, deşi vechea reglementare nu făcea nicio referire expresă la leasing.

## 3. Propuneri privind sfera de cuprindere a legislației în materia creditului pentru consum, din perspectiva contractelor de leasing

Înaintea intrării în vigoare a O.U.G. nr. 50/2010 am apreciat că legiuitorul român, în transpunerea Directivei nr. 2008/48/CEE, nu ar trebui să excludă operațiunile de leasing financiar de la cuprinderea reglementării creditului pentru consum, în ciuda formulării art. 2 par. 1 lit. d) din actul normativ european.

Motivul determinant al acestei aprecieri l-a constituit caracterul particular al leasingului financiar din dreptul românesc, care nu are natura juridică a unei locațiuni, spre deosebire de majoritatea legislațiilor naționale din Europa. Modificarea directivei privind creditul pentru consum a avut în vedere tocmai acest aspect şi are ca efect sporirea certitudinii privind cuprinderea sau nu a contractelor de închiriere/leasing în domeniul său de aplicabilitate.

Natura juridică specifică a contractului de leasing în dreptul intern face, însă, ca această modificare să nu poată fi preluată cu

aceeaşi finalitate. Am arătat că aplicarea noii reglementări are ca efect practic imediat înlăturarea contractelor de leasing financiar de la sfera de cuprindere a protecției instituite în materia creditului pentru consum.

Credem, însă, că scopul legiuitorului a fost tocmai cel contrar, prin stabilirea unor reguli speciale în materia leasingului privit drept credit pentru consum. Pentru a atinge, însă, acest deziderat, vechea formulare a art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 289/2004 era cu siguranță mai bine adaptată specificului contractelor de leasing din dreptul intern. Păstrarea formulării din textul abrogat, cu menționarea leasingului în locul contractelor de închiriere, ar fi avut drept consecință cuprinderea operațiunilor de creditare sub forma leasingului financiar în sfera protecției instituite în materia creditului pentru consum.

Deşi art. 22 alin. (1) din actul normativ european instituie principiul armonizării maximale, înlăturând regula armonizării minimale stabilită de vechea directivă, care permitea statelor membre să extindă protecția reglementată la nivel european, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat fără echivoc faptul că, astfel cum reiese şi din cuprinsul considerentului 10 al Directivei nr. 2008/48/CE, statele membre pot aplica, în conformitate cu legislația Uniunii, dispozițiile directivei menționate în domenii care nu intră în sfera sa de aplicare. Astfel, acestea pot să mențină sau să introducă măsuri naționale corespunzătoare dispozițiilor directivei amintite sau unora dintre ele în ceea ce priveşte contracte de credit care nu intră în domeniul de aplicare a respectivei directive[13].

Legiuitorul român avea astfel posibilitatea de a menține în domeniul de aplicabilitate a O.U.G. nr. 50/2010 şi contractele de leasing financiar încheiate în scopul şi modalitățile reglementate la fostul art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 289/2004[14], fără ca prin aceasta să se încalce art. 22 alin. (1) din Directiva nr. 2008/48/CE.

---

[13] CJUE, Hotărârea din 12 iulie 2012, cauza C-602/2010, *Volksbank c. ANPC, CJPC Călăraşi*, par. 40

[14] De această posibilitate legiuitorul român a şi uzat, de exemplu, prin înlăturarea oricărui plafon minim sau maxim indicat la art. 2 alin. (1) pct. c) din Directiva nr. 2008/48/CE.

Opinăm fără rezerve că, pentru a nu exclude în totalitate operațiunile de leasing de la aplicabilitatea O.U.G. nr. 50/2010, art. 2 lit. a) din acest act normativ se impune a fi modificat în sensul înlăturării condiției privind obligația utilizatorului de cumpărare a bunului la sfârşitul perioadei de leasing[15].

## 4. Consecințe ale incidenței O.U.G. nr. 50/2010 asupra operațiunilor de leasing

În cele ce urmează, vom încerca o sistematizare sumară a obligațiilor suplimentare ce le revin finanțatorilor implicați în contracte de leasing financiar încheiate cu utilizatori care au şi calitatea de consumatori, care intră sub incidența O.U.G. nr. 50/2010.

Trebuie menționat, de asemenea, că celelalte excepții generale de la sfera de cuprindere a actului normativ pot privi şi contractele de leasing financiar doar cu titlu de excepție, singura ipoteză care ar putea fi incidentă şi în cazul leasingului fiind cea de la art. 2 lit. f) din O.U.G. nr. 50/2010, anume excluderea contractelor de credit sub forma leasingului financiar care sunt rezultatul unei hotărâri pronunțate de o instanță sau de o altă autoritate instituită conform prevederilor legale.

### *A. Obligații privind publicitatea*

O.U.G. nr. 50/2010 impune reguli suplimentare pe care agenții economici trebuie să le respecte, pe lângă cele reglementate de Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii, la care face trimitere expresă art. 10. Din cauza consecințelor pe care supraîndatorarea le poate produce pentru consumatori, necesitatea ca aceştia să dețină toate informațiile înaintea contractării creditului, deci inclusiv a unui leasing financiar, este sporită față de celelalte situații reglementate prin norme de dreptul consumului.

[15] Nu excludem posibilitatea inserării altor condiții, cum ar fi de exemplu un plafon maxim al valorii reziduale, a cărui depăşire ar atrage excluderea leasingului financiar de la calificarea sa drept contract de credit.

Art. 9 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010 indică, enunțiativ, elementele necesare pe care informația standard trebuie să le cuprindă, inclusiv în cazul unui leasing financiar pentru consum:

a) rata dobânzii aferente creditului, fixă şi/sau variabilă, împreună cu informații privind orice costuri incluse în costul total al creditului pentru consumator;

b) valoarea totală a creditului;

c) dobânda anuală efectivă;

d) durata contractului de credit;

e) în cazul unui credit sub formă de amânare la plată pentru un anumit bun sau serviciu, prețul de achiziție şi valoarea oricărei plăți în avans;

f) după caz, valoarea totală plătibilă de către consumator şi valoarea ratelor.

Conform alin. (2) al aceluiaşi act normativ, în orice formă de publicitate, informațiile trebuie scrise în mod clar, concis, vizibil şi uşor de citit, în acelaşi câmp vizual şi cu caractere de aceeaşi mărime.

*Dobânda anuală efectivă*, sau D.A.E., reprezintă potrivit art. 7 pct. 5 din O.U.G. nr. 50/2010, costul total al creditului pentru consumator, exprimat ca procent anual din valoarea totală a creditului. Modul de calcul al D.A.E. este prevăzut la art. 72-76 din actul normativ.

Obligativitatea indicării dobânzii anuale efective rezidă în faptul că prin indicarea acesteia se evită posibilitatea finanțatorilor de a indica exclusiv rata dobânzii, fără a mai include în cuantumul plăților periodice şi celelalte cheltuieli care cad în sarcina utilizatorului potrivit contractului, cum ar fi de exemplu T.V.A., cheltuielile de transport, taxele şi comisioanele vamale sau prima de asigurare.

Art. 9 alin. (3) din O.U.G. nr. 50/2010 are o importanță redusă pentru leasingul financiar, în cazul căruia încheierea unei asigurări este obligatorie potrivit legii, constituind mai mult decât o condiție pentru obținerea creditului. Totuşi, dacă finanțatorul solicită o asigurare suplimentară, având ca obiect riscul de credit, de exemplu, atunci obligația de a încheia un asemenea contract

suplimentar trebuie menționată în mod clar, concis şi vizibil, împreună cu dobânda anuală efectivă.

*B. Obligații privind informarea precontractuală*

Regulile prevăzute la art. 11-20 din O.U.G. nr. 50/2010 se completează cu cele generale menționate în O.G. nr. 51/1997. Potrivit art. 4 din ordonanța privind operațiunile de leasing, pentru efectuarea unei astfel de operațiuni, orice persoană fizică sau juridică formulează o cerere fermă, în care să precizeze bunul care va constitui obiectul contractului de leasing. Cererea se transmite societății de leasing împreună cu actele din care să rezulte situația financiară a solicitantului.

Prin urmare, în ipoteza în care potențialul utilizator este o persoană fizică şi urmăreşte scopuri personale la încheierea contractului de leasing, după primirea ofertei ferme, finanțatorului îi revin obligațiile de informare de care este ținut orice operator economic, parte într-un raport juridic de consum, precum şi cele de la art. 11-20 din O.U.G. nr. 50/2010, referite mai sus.

Şi în materia creditului pentru consum se confirmă principiul potrivit căruia instituțiile de credit (în cazul nostru societățile de leasing) trebuie să furnizeze informațiile necesare care să îi permită consumatorului să compare mai multe oferte pentru a putea lua o decizie informată cu privire la eventuala încheiere a unui contract de credit.

Modalitățile în care se poate realiza valabil informarea precontractuală sunt prevăzute la art. 11 alin. (2) din ordonanță. Textul normativ cere cumulativ îndeplinirea următoarelor cerințe privind furnizarea informațiilor:

- informația să fie furnizată cu suficient timp înainte, dar nu cu mai puțin de 15 zile înainte ca utilizatorul consumator să încheie un contract de credit sau să accepte o ofertă. Termenul poate fi redus cu consimțământul consumatorului;

- pe hârtie sau pe alt suport durabil şi sunt redactate în scris, vizibil şi uşor de citit, fontul utilizat fiind Times New Roman, mărimea de minimum 12 p. În cazul în care informațiile sunt redactate pe hârtie, culoarea de fond a hârtiei pe care este redactat formularul trebuie să fie în contrast cu cea a fontului utilizat;

- prin intermediul formularului „Informații standard la nivel european privind creditul pentru consumatori", prevăzut în anexa nr. 2 la ordonanță.

Conform prevederilor normative în vigoare, informațiile precontractuale trebuie redactate astfel încât să nu inducă în eroare consumatorii, prin utilizarea unor expresii tehnice, juridice sau specifice domeniului financiar-bancar, prin utilizarea de prescurtări sau inițiale ale unor denumiri, cu excepția celor prevăzute de lege sau de limbajul obișnuit. Termenii tehnici vor fi explicitați la solicitarea consumatorului, în scris, fără costuri suplimentare.

Ordonanța privind creditul pentru consum reglementează detaliat, la art. 14-20, cerințele minime privind conținutul informației precontractuale care trebuie furnizată consumatorului, precum și modalitățile concrete de îndeplinire a obligației de informare. Aceste reguli se aplică și leasingurilor financiare pentru consum, fără particularități suplimentare datorate specificului operațiunilor de leasing.

Noua reglementare nu mai menține sancțiunea nulității absolute pentru nerespectarea cerințelor formale impuse în materia creditul pentru consumatori, cum prevedea expres fostul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 289/2004[16]. În aceste condiții, nerespectarea obligației de informare urmează regimul din dreptul comun, sancțiunea fiind, în ceea ce ne privește, nulitatea relativă, stipulată în favoarea consumatorului insuficient informat.

*C. Plata creditului*

*Potrivit art. 40 alin. (5) din O.U.G. nr. 50/2010, „creditorii nu au dreptul să refuze încasarea ratelor de credit în moneda în care s-a acordat creditul, cu excepția operatorilor economici care încheie contracte de leasing".*

Rezultă astfel că, spre deosebire de alți furnizori de credite, societățile de leasing au dreptul în toate situațiile să pretindă plata

[16] Sancțiunea fusese criticată în literatura de specialitate, pe motiv că ar putea fi chiar defavorabilă consumatorului – S. Popovici, *op. cit.*, pp. 276 și 233.

ratelor de leasing în monedă națională, indiferent de moneda în care obligațiile de plată au fost stabilite conform clauzelor contractuale.

*D. Conținutul contractului*

Prevederile art. 6 din O.G. nr. 51/1997 privind conținutul minim obligatoriu al oricărui contract de leasing financiar acoperă în mare parte cerințele de la art. 46 din O.U.G. nr. 50/2010. Reglementarea creditului pentru consum impune, în plus față de O.G. nr. 51/1997, cerința menționării exprese a D.A.E., precum şi a condițiilor şi modalităților prin care aceasta poate fi modificată, modul de calcul al dobânzii şi alte avertizări cu privire la unele clauze care ar putea fi defavorabile consumatorilor.

În consecință, contractele de leasing financiar încheiate cu utilizatorii care sunt în acelaşi timp şi consumatori vor trebui să cuprindă în plus față de clauzele generale şi pe cele menționate la art. 46 din O.U.G. nr. 50/2010, fiind, de asemenea, incidente şi regulile de la art. 47 şi 48, fără particularități semnificative care să decurgă din specificitatea leasingului financiar.

*E. Dreptul de retragere*

Conform art. 58 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010, „consumatorul are la dispoziție un termen de 14 zile calendaristice în care se poate retrage din contractul de credit fără a invoca motive. Acest termen nu se aplică în cazul contractului de credit legat, acordat exclusiv pentru achiziționarea de bunuri sau servicii, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 63-65, precum şi în cazul contractului de leasing". Art. 63-65 din ordonanță reglementează exercitarea dreptului de retragere şi efectele sale în contractele de credit legate.

Formularea art. 58 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010 nu este cea mai fericită în ceea ce priveşte contractele de leasing. Constituie leasingul financiar o excepție generală care priveşte dreptul de retragere (alături de excepția creditului legat, cum ar sugera formularea similară: „nu se aplică în cazul contractului de credit legat (...), precum şi în cazul contractului de leasing"), sau

constituie, alături de regulile prevăzute la art. 63-65, o excepție de la excepție?

Aşa cum am arătat, formularea gramaticală pare să indice prima opțiune, însă corectă ar fi fost, în opinia noastră, exprimarea „*şi nici* în cazul contractului de leasing", în loc de „*precum şi* în cazul contractului de leasing".

În ceea ce ne priveşte, nu există nicio justificare pentru excluderea în totalitate a contractelor de leasing atât de la incidența art. 58 alin. (1) din ordonanță, cât şi de la regulile specifice cuprinse la art. 63-65. Formularea art. 58 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010, deşi insuficient de clară, nu exclude posibilitatea aplicării prevederilor specifice în materia creditului legat şi leasingului financiar. Mai mult, art. 65 este pe deplin conform cu specificitatea leasingului; noțiunii de *creditor* din textul normativ îi va corespunde cea de *finanțator*, în timp ce *vânzătorul* este partea la care O.G. nr. 51/1997 face referire ca *furnizor*.

*F. Rambursarea anticipată a creditului*

Conform art. 66 din O.U.G. nr. 50/2010, consumatorul are dreptul, în orice moment, să se libereze în tot sau în parte de obligațiile sale care decurg dintr-un contract de credit. În acest caz, consumatorul are dreptul la o reducere a costului total al creditului, această reducere constând în dobânda şi costurile aferente perioadei dintre data rambursării anticipate şi data prevăzută pentru încetarea contractului de credit. Dreptul consumatorului nu poate fi condiționat de plata unui număr minim de rate.

Scopul acestei prevederi este de a pune în echilibru interesul consumatorului în sensul înlăturării dobânzilor, împreună cu celelalte costuri ale creditului, pe de o parte, şi cel al creditorului care, contrar aparențelor, este dezavantajat de reprimirea anticipată a capitalului împrumutat, pe de altă parte.

În ceea ce priveşte creditele sub forma leasingului financiar, interesează doar situația în care utilizatorul optează pentru achiziționarea bunului înaintea expirării perioadei de leasing.

Art. 1 alin. (1) al O.G. nr. 51/1997 prevede că utilizatorul poate opta pentru cumpărarea bunului înainte de sfârşitul perioadei de leasing, dar *nu mai devreme de 12 luni*, dacă părţile convin astfel şi dacă achită toate obligaţiile asumate prin contract. Am opinat, sub imperiul vechii legislaţii, că, în lipsa unor prevederi specifice privind creditul pentru consum, utilizatorii care sunt şi consumatori pot achita anticipat ratele de leasing, mai devreme de 12 luni, fără a fi afectată valabilitatea contractului, în această ipoteză, pentru finanţator, urmând a se aplica art. 7 din O.G. nr. 51/1997, potrivit căruia contractul de leasing nu îşi schimbă natura, iar bunul în cauză va fi tratat fiscal şi contabil ca bun, obiect al unui contract de leasing. De asemenea, am opinat că plata anticipată a ratelor de leasing nu afectează natura contractului sau cuantumul valorii reziduale, întrucât aceasta este delimitată anticipat prin contract, motiv pentru care plata valorii reziduale împreună cu ultimele rate de leasing scadente nu transformă leasingul în unul operaţional, tot astfel cum natura iniţială a creditului pentru consum în general nu este schimbată prin rambursarea anticipată[17].

O.U.G. nr. 50/2010 înlătură orice dificultăţi de interpretare pe care le-ar fi putut cauza vechea reglementare, arătând la art. 83 că „în cazul contractelor de leasing care intră sub incidenţa prevederilor prezentei ordonanţe de urgenţă, prevederile art. 66-69 privind rambursarea anticipată se aplică după o perioadă de 12 luni de la încheierea contractului", coroborându-se, astfel, prevederile speciale din materia creditului pentru consum cu regulile generale aplicabile contractelor de leasing financiar.

***G. Alte efecte ale reglementării creditului pentru consum care privesc operaţiunile de leasing***

Obligaţia de a evalua bonitatea consumatorului şi accesul la bazele de date, reglementată art. 30-32 din O.U.G. nr. 50/2010, se aplică fără particularităţi importante şi societăţilor de leasing care

[17] S. Popovici, *op. cit.*, pp. 282 şi 283.

încheie contracte de leasing financiar cu utilizatori care au şi calitatea de consumatori.

Art. 33-45 din O.U.G. nr. 50/2010, reglementând modalitatea concretă de încheiere a contractului, restricțiile privind dobânda variabilă, limita dobânzii penalizatoare, comisioanele care pot fi introduse şi posibilitatea modificării unilaterale a contractului de credit, îşi găsesc aplicabilitate şi în situația leasingului financiar pentru consum.

Ipoteza cesiunii contractului de către creditor, reglementată prin art. 70 din O.U.G. nr. 50/2010, nu aduce derogări față de regimul general al cesiunii. Mai mult, în materie de leasing există o regulă cu caracter special având aceeaşi finalitate, art. 17 din O.G. nr. 51/1997 arătând că înstrăinarea bunului de către finanțator atrage pentru dobânditor aceleaşi obligații contractuale cu cele ale finanțatorului inițial. Formalitățile suplimentare din cadrul art. 71 al O.U.G. nr. 50/2010 se aplică, însă, şi situației cesiunii drepturilor finanțatorului dintr-un leasing pentru consum.

*H. Observații finale*

Am arătat că, deşi actul normativ conține reguli speciale privind contractele de leasing care intră totuşi în domeniul său de aplicabilitate, în concret aceste reguli sunt practic lipsite de efecte juridice. Analiza prevederilor aplicabile leasingului pentru consum, conform actului normativ în materia protecției consumatorilor de credite, ar prezenta, totuşi, importanță teoretică şi practică, dacă legiuitorul român va opera modificări ale art. 2 din O.U.G. nr. 50/2010 în sensul celor propuse în prezentul studiu.

BCU IAŞI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# ASPECTE DE DREPT COMPARAT PRIVIND PROTECȚIA CONSUMATORULUI DE CREDITE

*Asist. univ. dr. Alexandra RUSU*
*Facultatea de Drept*
*Universitatea „Lucian Blaga" Sibiu*

***Abstract:*** *This paper tries to analyze the way consumer credits are regulated at the European Union level and the transposition of these norms by member states such as Spain, Germany, France and Romania. Following a presentation of the evolution of the European legislation in this field we concentrated our attention on the provisions of Directive 2008/48/CE, its objectives, and the extent to which they have been reached. For this purpose, we looked on how did the member states manage to implement at national level the harmonized provisions of Directive 2008/48/CE which establish additional legal protection measures for consumers in their relation with creditors. Following our research, we can affirm that the main objective of the Directive, to ensure equal protection of credit consumers in all member states by establishing an unitary regulation, has not yet been reached due to aspects related both to the writing of the directive and to the way the member states understood to implement its provisions at national level.*

***Keywords:*** *consumer protection, consumer credit, consumers, creditors, Directive 2008/48/CE*

***Rezumat:*** *Intenția acestei lucrări este aceea de a analiza care este reglementarea actuală la nivelul Uniunii Europene în domeniul creditului destinat consumului și modalitatea în care aceasta a fost implementată în state membre precum Spania, Germania, Franța și România. Este analizată pe scurt evoluția legislației europene în domeniu pentru ca mai apoi atenția să se oprească asupra Directivei 2008/48/CE, a obiectivelor urmărite de această directivă și a gradului în care acestea au fost atinse sau nu. În acest scop, face obiect al studiului modul în care statele membre au transpus dispozițiile armonizate din cuprinsul Directivei 2008/48/CE, dispoziții ce instituie mijloace juridice suplimentare de protecție a consumatorului în raport cu creditorul. Din cercetările efectuate rezultă că scopul principal al directivei, acela de a asigura o protecție egală a*

*consumatorului la nivelul tuturor statelor membre printr-o reglementare unitară, nu a fost atins din motive ce țin atât de modul de redactare al directivei, dar și de modul în care statele membre au înțeles să implementeze dispozițiile sale în legislația națională.*

***Termeni-cheie:*** *protecția consumatorului, credit pentru consum, consumator, creditor, Directiva 2008/48/CE*

Este indiscutabil faptul că de-a lungul timpului creditul în general, dar mai ales creditul destinat consumului, a cunoscut o evoluție semnificativă atât din perspectiva utilizării tot mai frecvente a acestui gen de credit de către populație, cât și raportat la diversificarea instrumentelor financiare prin intermediul cărora aceste credite sunt oferite. Evoluția și importanța creditelor, prin folosirea tot mai intensă a acestora de către populație în scopul asigurării accesului la servicii și bunuri ce le sunt inaccesibile raportat la mijloacele financiare de care dispun efectiv, au transformat societatea modernă de consum într-o adevărată „societate a creditelor"[1]. În schimb, evoluția creditului pentru consum nu a adus nicio modificare cu privire la poziția de inferioritate[2] ocupată de consumator față de instituția ce acordă acest gen de credite, fapt ce a creat necesitatea elaborării unui cadru normativ de natură a proteja partea aflată în dezavantaj.

Crearea pieței interne comune impune asigurarea unui cadru de reglementare unitar la nivelul Uniunii Europene și în mod

---

[1] M. Petit Lavall, *La proteccion del consumidor de credito: las condiciones abusivas de credito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, citată de L. Aguilar Ruiz, *La proteccion legal del consumidor de credito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 19.

[2] Raportul dintre consumator și profesionist îl situează pe primul într-o poziție de triplă inferioritate: inferioritate tehnică, profesioniștii cunoscând bine produsele sau serviciile oferite, în timp ce consumatorii le cunosc prea puțin sau deloc; inferioritate economică, pentru că profesioniștii dispun de o forță economică disproporționată față de cea a consumatorilor; inferioritate juridică, deoarece consumatorii de cele mai multe ori sunt privați de orice posibilitate de negociere și sunt nevoiți să accepte contractarea în condițiile propuse de profesionist – a se vedea Gh. Stancu, *Particularitățile raporturilor contractuale, în cadrul dreptului consumului*, în Dreptul nr. 2/2009, p. 28.

special la nivelul pieței unice a creditului pentru consum, prin asigurarea unor garanții similare, dacă nu chiar identice, la nivelul tuturor statelor membre, dar şi prin reducerea sau eliminarea dezechilibrelor contractuale la care este supus consumatorul. Inițiativa creării unui cadru de reglementare unitar în ceea ce priveşte creditul destinat consumului a aparținut Comunității Economice Europene, iar evoluția legislației statelor membre a fost în mod direct influențată de necesitatea de armonizare a reglementărilor în domeniul creditului pentru consum.

## 1. Cadrul legal privind protecția consumatorului de credit. Evoluție şi reglementare actuală

La nivelul Comunității Europene, cadrul de reglementare al creditelor pentru consum a cunoscut un moment important la data elaborării primei directive în domeniu, Directiva 87/102/CEE a Consiliului din 22 decembrie 1986 de apropiere a actelor cu putere de lege şi a actelor administrative ale statelor membre privind creditul de consum[3]. Directiva a fost modificată şi completată prin Directiva 90/88/CEE a Consiliului din 22 februarie 1990[4] şi prin Directiva 98/7/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 1998[5].

Adoptarea primei Directive în domeniul creditelor pentru consum a avut efecte diferite la nivelul legislației statelor membre. Pe de o parte, au existat state membre care dispuneau deja de o legislație care reglementa creditul de consum, cum este Franța, prin Legea nr. 78-22 din 10 ianuarie 1978 privind informarea şi protecția consumatorilor în domeniul anumitor operațiuni de creditare, lege care ulterior adoptării directivei a fost adaptată şi încorporată noului *Code de la Consommation* din 26 iulie 1993 (art. L-311 şi urm.)[6], dar şi Regatul Unit al Marii Britanii, ce

[3] Publicată în JO L 42 din 12 februarie 1987.
[4] Publicată în JO L 61 din 10 martie 1990.
[5] Publicată în JO L 101 din 1 aprilie 1998.
[6] Pentru amănunte legate de evoluția legislației franceze în domeniul creditului de consum, a se vedea C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire. Institutions – Comptes – Operations – Service*, ed. a VIII-a, Ed. Lexis Nexis, 2010, p. 431.

dispunea de reglementări în domeniul creditului pentru consum în cuprinsul *Consumer Credit Act* din 1947, modificată ulterior prin *Statutory Instrument* din 6 iulie 1989. Pe de altă parte, state membre precum Germania[7], Italia[8], Spania[9], Portugalia[10] nu dispuneau de o reglementare unitară destinată domeniului creditului pentru consum. În Spania, eficiența Legii nr. 7/1995, în aplicarea măsurilor de protecție a consumatorului a fost criticată, fiind considerată că are un domeniu de aplicare dificil şi înşelător[11]. În România, dispozițiile directivei europene au fost transpuse prin Legea nr. 289/2004[12] privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice[13].

În contextul creşterii volumului de credite acordate în cadrul Comunității, dar şi a existenței unor diferențe importante de reglementare la nivelul statelor membre în domeniul creditului de consum, de natură a crea deformări ale concurenței între cei care

---

[7] Legea privind creditele pentru consum, pentru modificarea procedurii civile şi a altor legi, din 17 decembrie 1990, intrată în vigoare cu data de 1 ianuarie 1990 *[Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze (VerbrKrG)]*.

[8] Directiva a fost transpusă prin Legea nr. 42 din 19 februarie 1992, lege care a fost preluată ulterior în *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, aprobat prin Decretul nr. 385, 1 septembrie 1993.

[9] Legea nr. 7/1995 din 23 martie 1995 privind creditul pentru consum – *Ley 7/1995, 23 marzo 1995 de credito al consumo (BOE num.72, 25 martie 1995)*.

[10] Decretul-lege nr. 359 din 21 septembrie 1991 privind Creditul de consum, abrogat prin Decretul-lege nr. 133/2009, 2 iunie 2009 – *Decreto-Lei nº 359/91, de 21 de Setembro, Estabelece normas relativas ao crédito ao consumo, Rectificado pela Declaração de Rectificação nº 199-B/91, de 21-9-91. Revogado pelo Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho.*

[11] L. Aguilar Ruiz, *La proteccion legal del consumidor de credito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 20.

[12] Publicată în M. Of. nr. 611 din 6 iulie 2004, a intrat în vigoare la data de 6 ianuarie 2005.

[13] Legiuitorul român transpune aproape integral prevederile cu caracter dispozitiv ale directivei, preluând printr-o traducere uneori „improprie stilului juridic normativ" dispozițiile ce se referă la definițiile termenilor, obligațiile contractuale ale creditorului, condițiile minime de redactare şi precondițiile ce trebuie îndeplinite de consumator, pentru amănunte a se vedea *Avizul consiliului legislativ privind proiectul de lege privind regimul juridic al contactelor de credit pentru consum.* http://www.cdep.ro/proiecte/2004/300/30/2/cl332.pdf.

acordă credite pe piața comună, limitând posibilitățile consumatorului de a obține credite în alte state membre, obiectivul principal al Directivei 87/102/CEE a fost acela de stabilire a unei piețe comune a creditului destinat consumului. Această piață comună era menită a aduce beneficii atât consumatorilor, cât şi celor care acordă credite, precum şi a favoriza libera circulație a bunurilor şi serviciilor care pot fi obținute pe credit de către consumatori[14]. Directiva urmărea protecția consumatorului în mod egal la nivelul tuturor statelor membre împotriva condițiilor inechitabile de creditare. Armonizarea condițiilor generale ce reglementează creditul de consum a fost considerată o prioritate, pentru că în lipsa acesteia obiectivele Directivei nu puteau fi atinse.

Înțelegând importanța unei informări complete, clare şi accesibile a consumatorului, deci într-o manieră de natură a asigura înțelegerea cu uşurință a drepturilor şi obligațiilor asumate, în protejarea consumatorului în general, dar şi a consumatorului de credit în special, directiva instituie standarde minime de informare şi drepturi. Sunt stabilite elemente ce trebuie să facă parte din conținutul publicității legate de credite şi al ofertei de creditare, insistându-se cu precădere asupra informării complete asupra condițiilor creditului, a costului şi a obligațiilor pe care le implică pentru consumator. Indicarea costului creditului presupunea precizarea dobânzii anuale efective globale ori, în lipsa acesteia, a sumei totale pe care consumatorul trebuie să o plătească pentru credit.

Obligativitatea încheierii în scris a contractului şi remiterea unui exemplar către consumator[15], obligația statelor membre de a stabili condițiile esențiale ale contractului de credit prin raportare la dispozițiile Directivei, dar şi existența unor dispoziții speciale pentru contractele de credit afectate achiziționării bunurilor şi reglementarea unor drepturi ale consumatorilor menite a garanta un echilibru contractual între părțile contractante sunt câteva

[14] A se vedea considerentele Directivei 87/102/CEE.
[15] Art. 4 alin. (1) Directiva 87/102/CEE.

dintre mijloacele juridice de protecție a consumatorului de credit instituite de actul normativ european[16].

Directiva 90/88/CEE a Consiliului din 22 februarie 1990 de modificare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului din 22 decembrie 1986 a adus drept principală modificare anumite prevederi legate de metoda de calcul al dobânzii anuale efective globale, prin introducerea unei formule de calcul unice a dobânzii. Statelor membre care dispuneau deja de o metodă de calcul li se permite folosirea acesteia cu titlu tranzitoriu până în data de 31 decembrie 1995, directiva având drept termen de transpunere, mai puțin referitor la metoda de calcul, termenul de 31 decembrie 1992.

Directiva 98/7/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 1998 de modificare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului din 22 decembrie 1986 a reglementat cu prioritate metoda comunitară unică de calcul al dobânzii anuale efective globale. Conform art. 2 alin. (1), statele aveau la dispoziție 2 ani de la data adoptării pentru implementarea Directivei la nivel național.

Armonizarea legislațiilor naționale cu dispozițiile Directivei şi ale directivelor modificatoare nu a fost efectuată în mod unitar la nivelul statelor membre, acestea utilizând, datorită situațiilor juridice sau economice diferite la nivel național, şi alte mecanisme de protecție a consumatorului pe lângă cele prevăzute de Directiva 87/102/CEE. Adoptarea unor dispoziții imperative diferite, mai stricte decât cele prevăzute de Directiva 87/102/CEE, duce uneori la denaturarea concurenței între creditorii din Comunitate, împiedică buna funcționare a pieței interne şi, mai ales, limitează posibilitatea consumatorilor de a folosi oferta de credite transfrontaliere.

Dorința de creare a unei legislații comunitare care să se poată adapta la formele viitoare de credit oferind un grad corespunzător de flexibilitate în procesul de punere în aplicare a condus la adoptarea Directivei 2008/48/CE a Parlamentului European şi a

[16] Pentru amănunte legate de prevederile Directivei 87/102/CE a se vedea R.D. Apan, *Reglementările comunitare în domeniul protecției consumatorilor în materia creditului destinat consumului*, în Revista de drept comercial nr. 1/2005.

Consiliului[17], din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori şi de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului[18]. Această Directivă marchează o nouă etapă în dezvoltarea legislației europene şi implicit a legislațiilor statelor membre în domeniul contractelor de credit pentru consumatori, care au suferit numeroase modificări în încercarea de transpunere a acestei ultime directive.

Directiva 2008/48/CE, spre deosebire de cea anterioară pe care o abrogă, cuprinde dispoziții imperative de la care statele membre nu mai pot deroga. Principiul armonizării minimale proclamat de Directiva 87/102/CE este înlocuit de principiul armonizării totale, interzicând statelor membre să impună alte prevederi decât cele stabilite de către Directivă, dar şi să asigure un nivel de protecție a consumatorului mai ridicat decât cel garantat de aceasta[19].

În cele ce urmează, vom analiza modalitatea în care dispozițiile Directivei au fost implementate la nivelul câtorva dintre statele membre, cu referire în principal la definițiile statuate în cuprinsul Directivei şi la dispozițiile imperative necesar a fi armonizate.

## 2. Noțiunea juridică de consumator (de credite) şi creditor în diverse legislații

Diversitatea raporturilor juridice şi sociale la care participă consumatorul în calitate de cumpărător de bunuri şi servicii destinate consumului privat ne indică existența mai multor *tipuri* sau *clase* de consumatori. Astfel, s-a afirmat că nu există o noțiune unică a consumatorului, ci o multitudine de noțiuni care pretind a delimita domeniul de aplicare a diferitelor dispoziții legale şi care se determină prin raportare la protecția juridică pe care norma

[17] Publicat în JO L 133/66 din 22 mai 2008.

[18] Considerentele Directivei 2008/48/CE, par. 7.

[19] Directorate-General for Internal Policies, Policy department:economic and scientific policy, *Implementation of the Consumer Credit Directive*, STUDY, p. 7 – http://www.europarl.europa.eu/studies.

vrea să o ofere. Deşi reglementările protejează aparent diferite tipuri de consumatori, între acestea există un element comun, la baza tuturor noțiunilor juridice de consumator se află un „prototip de consumator" ce se regăseşte în toate celelalte noțiuni, respectiv subiectul care se află într-o poziție de inferioritate față de profesionist[20]. Consumatorul de credite este, astfel, doar unul dintre rolurile pe care le poate avea consumatorul, postură care este protejată de norme juridice cu caracter specific determinate de însăşi natura juridică a raporturilor în care subiectul se implică.

Considerăm că este esențial în stabilirea domeniului de reglementare, deci implicit în determinarea calității de consumator de credite, să raportăm prevederile legislațiilor naționale la cele ale Directivei 2008/48/CE. Directiva a fost transpusă în legislația statelor membre fie modular, prin preluarea în bloc a prevederilor sale şi introducerea în cadrul legislativ național, fie integrat, cum este cazul Germaniei, care a preluat în mod individual dispoziții ale Directivei şi le-a introdus în legislația corespunzătoare de la nivel național. Transpunerea a fost efectuată de către unele state cu depăşirea termenului stabilit de către Directivă, cel mai des invocat motiv pentru această întârziere fiind termenul de implementare relativ scurt ce a fost pus la dispoziție[21].

În cuprinsul directivei, noțiunea de *consumator* înseamnă o persoană fizică ce, în cadrul operațiunilor reglementate de directivă, acționează în scopuri care se află în afara activității sale comerciale sau profesionale iar *creditorul* reprezintă persoana

---

[20] A. Bercovitz Rodriguez-Cano, *Ambito de aplicacion y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,* Estudios sobre Consumo, nr. 3, Instituto Nacional de Consumo, 1984, pp. 16-18.

[21] Letonia (actul de transpunere a fost adoptat la 6 ianuarie 2011 şi a intrat în vigoare la 1 mai 2011), Spania (actul normativ de transpunere a fost adoptat la 24 iunie 2011 şi a intrat în vigoare cu data de 25 septembrie 2011), Polonia (textul legal a fost adoptat la 12 mai 2011 şi a intrat în vigoare la 18 decembrie 2011). Spania nu a invocat niciun argument pentru a justifica implementarea întârziată, iar România, Austria, Italia, Republica Cehă nu au avut nicio problemă cu implementarea directivei. – A se vedea, Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 21.

fizică sau juridică ce acordă sau promite să acorde credite în exercițiul activității sale comerciale sau profesionale[22].

Noțiunea de consumator în legislația de implementare a Directivei din Spania[23] şi România[24] este preluată *ad literam*, iar în Franța [25] aproape identic, fiind destinată folosirii în cadrul domeniului reglementat.

În Germania, Directiva a fost implementată prin *Legea pentru transpunerea Directivei privind creditele pentru consum, a părții de drept civil a Directivei serviciilor de plăți şi pentru introducerea de dispoziții noi privind dreptul de retragere şi restituire*[26], iar modalitatea de implementare s-a concretizat în

---

[22] Art. 3 din Directiva 2008/48/CE. Noțiunile în cuprinsul Directivei 87/102/CEE erau: a) „consumator" – înseamnă orice persoană fizică care, în cadrul tranzacțiilor reglementate de prezenta directivă, acționează în scopuri care pot fi considerate ca fiind în afara meseriei sau a profesiunii sale; b) „creditor" – înseamnă orice persoană fizică sau juridică care acordă credite în cadrul meseriei, a activității de afaceri sau a profesiunii sale, sau un grup de astfel de persoane.

[23] Art. 2, pct. 1, Ley 16/2011, 24 de junio, de contratos de credito al consumo, BOE num 151, 25.06.2011, secț. I, p. 68179: Art. 2 (Părțile contractului de credit) – „1. Consumator = persoana fizică care, în raporturile contractuale reglementate de această lege, acționează în scopuri care se află în afara activității sale comerciale sau profesionale" *[Artículo 2 (Partes del contrato de crédito) – „1. Consumidor = la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional."]*

[24] Art. 7 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori (M. Of. nr. 389 din 11 iunie 2010), modificată prin Legea nr. 288 din 28 decembrie 2010 (M. Of. nr. 888 din 30 decembrie 2010) pentru aprobarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori: Art. 7.1. „consumator – persoana fizică ce acționează în scopuri care se află în afara activității sale comerciale sau profesionale".

[25] Loi no. 2010-737 du 1er juillet 2010, art. 311-1 de Code de la consommation al. 2° *Emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle.*

[26] *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs-und Rückgaberecht* modificată prin *Gesetz zur Einführung einer Musterwiderrufsinformation für Verbraucherdarlehnsverträge, zur Änderung der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehnsverträgen und zur Änderung des Darlehnsvermittlungsrechts, Bundesgesetzblatt 2010 I, p. 977.* (Legea privind introducerea modelului de informare cu privire la dreptul de retragere privind contractele de credit pentru consum, pentru modificarea dispozițiilor legate

B.C.U. „M. EMINESCU" IAȘI

principal în introducerea prevederilor legale în cuprinsul BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Codul civil) (art. 491 şi urm.) şi al Legii introductive asupra Codului civil (EGBGB) (art. 247), dar şi în alte acte normative.

Conform art. 491 BGB[27], „prevederile legate de contractele de credit pentru consumatori sunt aplicabile exclusiv în cazul contractelor de credit cu titlu oneros între un profesionist în calitate de creditor şi un consumator în calitate de împrumutat, în măsura în care alin. (2) şi (3) sau art. 503-505 nu stabilesc excepții". Consumatorul în general este definit în cuprinsul art. 13[28] drept „*persoana fizică* ce încheie contractul într-un scop care nu se circumscrie activității sale comerciale sau profesionale".

Astfel cum se poate observa, Directiva şi implicit actele normative de implementare la care am făcut referire limitează aria de protecție la persoanele fizice[29]. Calitatea de persoană fizică implicată într-un raport de creditare nu este suficientă, însă, pentru a atrage aplicarea dispozițiilor în materia creditelor pentru consum, determinant fiind scopul pentru care este încheiat contractul. Nu este necesar pentru consumator să facă dovada nevoii de protecție în cadrul raporturilor juridice concrete, simplul fapt că are experiență în afaceri sau dispune de o pregătire economică deosebită nu exclude persoanele respective din categoria celor protejate de dispozițiile din materie[30]. Calitatea de consumator, deci de persoană protejată de reglementările legale în materie, este determinată de natura şi scopul contractului de creditare încheiat[31].

---

de dreptul de retragere şi pentru modificarea dreptului de intermediere a creditelor).

[27] § 491 BGB, http://www.gesetze-im-internet.de

[28] § 13 BGB: „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann".

[29] Art. 1 al Directivei 87/102/CEE este identic cu art. 3 lit. a) al Directivei 2008/48/CE.

[30] A se vedea P. Darleder, K.O. Knops, H.G. Bambrger, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, ed. a II-a, Springer-Verlag, Berlin, 2009, p. 484.

[31] Decizia CEJ din 3 iulie 1997 în cazul C-269/95 statuează faptul „că o persoană are calitatea de consumator, în funcție de poziția pe care o are în cadrul

Persoanele juridice sunt în mod expres excluse din domeniul de aplicare a Directivei. Aceasta datorită faptului că sunt considerate a acționa exclusiv în cadrul activității profesionale, fiind deci departe de a ocupa postura contractantului aflat în inferioritate raportat la creditorul profesionist şi neavând, prin urmare, nevoie de protecție specială atunci când acționează în calitate de beneficiari ai operațiunilor de credit[32].

Noțiunea de consumator în legislația românească exclude persoanele juridice din categoria consumatorilor atât la nivel general în Codul consumului[33], cât şi în alte legi speciale, cum ar fi spre exemplu Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști şi consumatori[34], consumator fiind doar persoana fizică ori un grup de persoane fizice constituite în asociații care acționează în scopuri din afara activității lor comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale.

În Spania, în schimb, persoanele juridice beneficiază de protecție în calitate de consumatori în temeiul Real Decreto Legislativo 1/16.10.2007[35], prin care se aprobă textul consolidat al Legii generale de protecție a consumatorilor şi utilizatorilor şi al altor legi complementare. Au fost manifestate opinii în sensul aplicării dispozițiilor protectoare şi persoanelor juridice care

---

contractului raportat la natura şi scopul acestuia, şi nu prin prisma poziției subiective a persoanei fizice implicate. (...) Prin urmare, doar acele contracte încheiate de o persoană fizică în scopul satisfacerii unor nevoi personale în cadrul consumului privat cad sub incidența prevederilor legate de protecția consumatorului în calitatea sa de parte aflată pe o poziție de inferioritate în cadrul contractului" – pct. 16 şi 17 ale Deciziei (http://curia.europa.eu/juris/.).

[32] Aceasta mai ales în cadrul sistemului spaniol care nu este foarte strict în acordarea personalității juridice, recunoscând-o societăților civile, asociațiilor de interes general, fundațiilor. (L. Pagador, *Condiciones generales y clausulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratacion de 1998*, Marcial Ponce, Madrid, 1999, p. 180, citat de L. Aguilar Ruiz, *op. cit.*, p. 84)

[33] Republicată în M. Of. nr. 224 din 24 martie 2008, anexa pct. 13.

[34] Republicată în M. Of. nr. 543 din 3 august 2012.

[35] Art. 3 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (art. 3) http://noticias. juridicas. com/base_datos.

realizează achiziții finanțate, străine activității profesionale, considerând că nu există nicio justificare pentru care persoana juridică să nu poată ocupa poziția de inferioritate raportat la profesionistul ce acordă creditul. În opinia unor autori, raportarea la cele două cerințe obiective legate de natura şi scopul în care se acționează face să nu existe niciun motiv pentru care s-ar distinge şi trata diferit persoana fizică şi persoana juridică[36].

În condițiile în care la momentul la care era în vigoare Directiva 87/201/CEE, ce stabilea doar condiții minimale de armonizare, o extindere a domeniului de protecție şi la persoanele juridice ar fi însemnat o extindere nepermisă a domeniului de aplicare al directivei, acest lucru pare de neimaginat în contextul noii Directive de armonizare totală [37]. Extinderea domeniului de aplicare al directivei nu este la latitudinea legiuitorului național, dispozițiile Directivei 2008/48/CE fiind clare în ceea ce priveşte inaplicabilitate regimului de protecție la persoanele juridice. Cu toate acestea, însă, nu ar fi de neglijat o eventuală extindere a noțiunii de consumator la anumite persoane juridice sau la anumite raporturi în cadrul cărora fără urmă de tăgadă prin raportare la profesionistul cocontractant, primele ocupă o poziție de inferioritate[38].

Faptul că definiția din directivă este atât de restrictivă ridică probleme în legislația germană care reglementează situația

---

[36] L. Aguilar Ruiz, *op. cit.*, p. 84.

[37] O excepție de la această regulă o făcea legiuitorul francez, care, în cuprinsul Legii 78-22 din 10 ianuarie 1978, se referă la *„emprunteur"(împrumutat), pe care îl denumeşte simplu drept „cealaltă parte în cadrul aceloraşi operațiuni"*, cu referire la operațiunile de creditare ce fac obiectul legii. Prin urmare, calitatea de împrumutat acoperă persoana fizică şi persoana juridică care contractează creditele reglementate de lege. Cu privire la posibilitatea de extindere a noțiunii de consumator şi la persoanele juridice ce cad sub protecția Legii 78-22 din 10 ianuarie 1978, a se vedea P. Lavall, *La proteccion del consumidor de credito: las condiciones abusivas de credito*, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 57, şi N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, 1988, p. 188 – ambii referiți de L. Ruiz Leonor, *op. cit.*, p. 83.

[38] Această opinie a fost exprimată şi în cadrul unei rezoluții a Parlamentului European din 11 martie 1997, cu privire la Raportul comisiei legat de aplicarea Directivei 78/102/CEE, ce propunea extinderea domeniului de aplicare cel puțin la micii comercianți (pentru amănunte, a se vedea L. Aguilar Ruiz, *op. cit.*, p. 84).

împrumutului destinat inițierii unei afaceri *(berufliche Existenzgründung)*. Deşi art. 13 BGB nu atribuie calitatea de consumator persoanei care inițiază o afacere şi nici legislația actuală nu îi recunoaşte această calitate persoanei care ia un credit în scopul de a obține independența profesională, art. 512 BGB (vechiul art. 507 BGB) o situează la acelaşi nivel de protecție cu consumatorul. În temeiul principiului protecției minime proclamat de Directiva 87/102/CEE în art. 15, legiuitorul național putea extinde domeniul de aplicare în scopul acordării de protecție. Această extindere nu mai este permisă, însă, de prevederile Directivei 2008/48/CE, ceea ce aparent duce la o încălcare a prevederilor directivei[39].

Astfel, persoanele care iau un credit, sub forma unei de amânări la plată sau alte facilități financiare similare pentru inițierea unei activități comerciale sau activități profesionale independente, sau încheie în acelaşi scop un contract de prestare de servicii sau pentru furnizarea de bunuri în mod continuu, atunci când consumatorul plăteşte pentru acestea în rate, pe durata furnizării lor *(Ratenlieferungsvertrag)*, beneficiază de protecție asemenea consumatorilor, cu singura condiție ca valoarea netă a împrumutului sau suma de plată în numerar să nu depăşească suma de 75.000 euro[40].

Noțiunea de *creditor* variază în legislațiile statelor membre în sensul că, pe lângă elementul comun, acela al necesității desfăşurării activității de creditare în exercițiul activității sale comerciale sau profesionale, în unele legislații alături de persoana juridică este menționată şi persoana fizică, drept posibil creditor conform definiției date de directivă, iar în altele calitatea de

[39] A se vedea P. Wösthoff, DISSERTATION: *Die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und deren Umsetzung ins deutsche Recht*, Universitate Wien, 2010, p. 62 – care consideră că ar fi fost indicat ca această categorie să fie preluată la nivel european şi inclusă în noțiunea de consumator reglementată de legislația privind creditele pentru consum. Cu toate acestea datorită faptului că nu este interzisă în mod expres de către directivă protejarea acestei categorii de persoane consideră că nu este o încălcare a prevederilor directivei.

[40] Vechea reglementare stabilea un plafon de 50.000 Euro (pentru amănunte, a se vedea P. Darleder, K.O. Knops, H.G. Bambrger, *op. cit.*, p. 485).

creditor este limitată la persoana juridică[41]. Un exemplu de limitare a calității de creditor la persoanele juridice este dreptul românesc. Astfel, calitatea de creditor o pot avea persoanele juridice şi sucursalele instituțiilor de credit şi ale instituțiilor financiare nebancare din străinătate, care desfăşoară activitate pe teritoriul României[42].

O situație inedită, raportat la persoanele care pot avea calitatea de creditor, o regăsim în legislația germană, unde art. 14 BGB prevede posibilitatea ca şi societățile de persoane[43] ce dispun de capacitate juridică să dețină această calitate. Pe bună dreptate un autor german se întreba dacă această categorie poate fi considerată ca fiind inclusă în cuprinsul prevederilor directivei. În cazul în care nu ar fi aşa, un creditor s-ar putea prevala de umbrela unei astfel de forme de organizare pentru a sustrage contractul de creditare de la aplicarea condițiilor restrictive ale directivei. Ar fi o imprudență, deci, să se considere că aceste societăți nu sunt incluse în categoria creditorilor reglementată de directivă[44]. Dreptul german, deşi include acest gen de societăți în noțiunea de întreprinzători (profesionişti), nu le consideră persoane juridice, fapt ce rezultă clar din modul de redactare al art. 14 BGB, care distinge între persoanele juridice şi societățile de persoane cărora le este recunoscută capacitatea juridică. Considerăm că legiuitorul european nu a avut în vedere aceste

---

[41] Art. 2, pct. 2 Ley 16/2011(Spania) şi L. 311-1, 1 Code de consommation francez, face referire la *toate persoanele*, deci include persoana fizică: *„Prêteur, toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné à l'article L. 311-2 dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles".*

[42] Art. 7 pct. 5 din O.U.G. nr. 50/2010.

[43] „(1) Întreprinzător (profesionist) este o persoană fizică sau juridică ori o societate de persoane cu capacitate juridică, care acționează la încheierea unui act juridic în exercițiul unei activități comerciale sau a unei profesiuni independente. (2) O societate de persoane cu capacitate juridică este o societate de persoane dotată cu capacitatea de a dobândi drepturi şi de asuma obligații." *[(1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen].*

[44] P. Wösthoff, *op. cit.*, p. 63.

aspecte specifice dreptului german, iar scopul de protecție al directivei nu poate fi atins decât dacă și această categorie este inclusă în cea a creditorilor.

## 3. Implementarea dispozițiilor armonizate la nivelul statelor membre

### *3.1. Contractul de credit*

Aplicabilitatea normelor de protecție depinde cu prioritate de scopul esențialmente privat, destinat satisfacerii unor nevoi personale, însă este important a se analiza și natura contractelor care fac obiectul reglementării.

Directiva 2008/48/CE definește contractul de credit ca fiind acel contract prin care un creditor acordă sau promite să acorde unui consumator un credit sub formă de amânare la plată, împrumut sau alte facilități financiare similare, cu excepția contractelor pentru prestarea de servicii în mod continuu sau pentru furnizarea de bunuri de același fel, atunci când consumatorul plătește pentru acestea în rate, pe durata furnizării lor[45]. Deși reglementarea anterioară, respectiv Directiva 87/102/CEE, includea de asemenea promisiunea de acordare a creditului, la momentul implementării directivei nu toate statele au preluat această prevedere în definiția contractului de credit[46], fapt ce a fost remediat cu ocazia transpunerii Directivei 2008/48/CE, definiția fiind preluată exact de această dată de legislația franceză[47] și spaniolă[48] și chiar completată de legiuitorul român.

---

[45] Art. 3 lit. c) din Directiva 2008/48/CE.

[46] Vechiul Code de consommation (art. 311-2) și Testo unico italiano (art. 124) nu făceau referire la promisiunea de acordare a creditului; Legea spaniolă nr. 7/1995 (abrogată), în art. 1, dar și actuala Lege 16/2011, folosește termenii de „acordă" și „se obligă să acorde" iar legislația germană, în Verbraucherkreditgesetz (VerbrKG)(art. 1.2), făcea de asemenea referire la promisiunea de acordare a unui credit oneros.

[47] Art. 311-1, 4. *Code de consommation* după modificările suferite prin Loi no. 2010-737 du 1-er juillet 2010.

[48] Art. 1 alin. (1) și (2), Ley 16/2011.

Astfel, O.U.G. nr. 50/2010 preia definiția din directivă, dar o şi completează, în sensul că un contract de credit este orice contract prin care un creditor *acordă*, *promite* sau *stipulează posibilitatea de a acorda un credit*. Evident, scopul urmărit este acela de a extinde protecția legală a normei, însă din punctul nostru de vedere această completare reprezintă un exces de zel al legiuitorului român. Un contract ce prevede o posibilitate de acordare a unui credit nu este un contract de credit şi nu oferă nici măcar o garanție că se va acorda un credit la un anume moment dat, cum este situația promisiunii de creditare. Noțiunea de *posibilitate* în sine are în opinia noastră un caracter extrem de incert şi tocmai raportat la această trăsătură nu este justificată referirea şi la aceste situații.

O altă diferență interesantă este aplicarea în unele legislații a prevederilor şi la contractele de credit cu titlu gratuit[49], spre deosebire de Codul civil german, care face expres referire la faptul că dispozițiile sunt aplicabile contactelor de credit cu titlu oneros. Urmare a reformei din 2002 în scopul de aliniere la prevederile directivelor europene în domeniul creditului pentru consum, legiuitorul german a introdus în Codul civil şi alte forme de creditare, precum amânarea la plată şi alte ajutoare de finanțare, dar şi leasingul financiar, cărora le-a oferit acelaşi regim juridic aplicabil creditului pentru consum[50].

Contractele excluse definitiv de la aplicarea directivei sunt menționate în cuprinsul art. 2 alin. (2) al Directivei[51]. În acest

---

[49] Code de consommation, art. 311-2, *„s'applique à toute opération de crédit mentionnée au 4° de l'article L. 311-1, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit ...".*

[50] P. Darleder, K.O. Knops, H.G. Bamberger, *op. cit.*, p. 458.

[51] Câteva dintre contractele excluse de la aplicarea Directivei sunt [art. 2 alin. (2) lit. a)-h)]: (a) contracte de credit garantate fie prin ipotecă, fie printr-o altă garanție comparabilă, utilizată în mod curent într-un stat membru asupra unui bun imobil, fie printr-un drept legat de un bun imobil; (b) contracte de credit al căror scop este dobândirea sau păstrarea drepturilor de proprietate asupra unui teren sau asupra unei clădiri existente sau proiectate; (c) contracte de credit care implică o sumă totală a creditului mai mică de 200 EUR sau mai mare de 75. 000 EUR; (d) contracte de închiriere sau de leasing în cazul cărora obligația de cumpărare a obiectului contractului nu este stabilită nici prin respectivul contract, nici prin vreun contract

context, este firească întrebarea în ce măsură art. 2 al directivei stabileşte o interdicţie de derogare de la prevederile directivei. Din considerentele Directivei, pct. 9 şi 10, rezultă că este posibilă abaterea de la dispoziţiile art. 2 alin. (2), pentru că există o limitare doar în ceea ce priveşte dispoziţiile armonizate stabilite de directivă, statele membre având în continuare libertatea de a menţine dispoziţiile legale în vigoare şi de a introduce alte dispoziţii noi atunci când nu există dispoziţii armonizate, dar şi dreptul de a extinde aplicarea dispoziţiilor directivei la domenii ce nu intră în sfera de aplicare a acesteia. Interdicţia de derogare este clar stabilită la pct. 11 din considerentele Directivei, referitor la contractele de credit cărora li se aplică numai unele dintre dispoziţiile directivei. Este vorba de dispoziţiile legate de facilităţile de tip „descoperit de cont" [art. 2 alin. (3) din Directiva 2008/48/CE], contractele de credit sub forma facilităţii de tip „descoperit de cont" cu aprobare tacită [art. 2 alin. (4) din Directiva 2008/48/CE], contractele de credit acordate unor organizaţii cooperatiste [art. 2 alin. (5) din Directiva 2008/48/CE] şi contractele de refinanţare [art. 2 alin. (6) din Directiva 2008/48/CE].

Raportat la contractele care sunt excluse din domeniul de aplicare al directivei, observăm că în Germania, ca urmare a implementării prevederilor acesteia, sunt excluse contracte de credit care implică o sumă totală a creditului mai mică de 200

separat; se consideră că există o astfel de obligaţie în cazul în care creditorul decide acest lucru în mod unilateral; (e) contracte de credit sub forma unei facilităţi de tip „descoperit de cont" şi în baza cărora creditul trebuie rambursat în termen de o lună; (f) contractele de credit în baza cărora creditul este acordat fără dobândă şi fără alte costuri, precum şi contractele de credit cu termen de rambursare de trei luni şi pentru care sunt de plătit numai costuri nesemnificative; (g) contracte de credit acordate de către un angajator cu dobândă anuală efectivă mai mică decât cea practicată pe piaţă şi care nu se oferă în general publicului; (...) (i) contracte de credit care sunt rezultatul unei hotărâri pronunţate de o instanţă sau de o altă autoritate instituită conform legii; (j) contracte de credit referitoare la amânarea, cu titlu gratuit, a plăţii unei datorii existente; (k) contracte de credit la încheierea cărora consumatorului i se cere să pună un bun la dispoziţia creditorului, cu titlu de garanţie, şi în cazul cărora răspunderea juridică a consumatorului este strict limitată la respectivul bun gajat.

EUR, dar nu se prevede o limită superioară. Dispozițiile speciale nu sunt aplicabile contractelor în care garanția consumatorului se rezumă la bunul oferit în gaj creditorului, contractelor privind creditul cu un termen de rambursare de 3 luni care implică cheltuieli minime, contractelor acordate de către angajator la o dobândă anuală efectivă mai mică decât cea practicată pe piață, cu titlu de prestație accesorie în cadrul contractului de muncă și care nu se oferă în general publicului, dar și contractelor de credit referitoare la credite acordate unui public restrâns în baza unei dispoziții legale de interes general, la rate ale dobânzii mai mici decât cele practicate în mod obișnuit pe piață ori în condiții care sunt mai avantajoase pentru consumator decât cele obișnuite de pe piață[52]. Anumite dispoziții nu se aplică contractelor de credit care au fost preluate într-o hotărâre judecătorească prin care se ia act de o tranzacție intervenită între părți, dacă în cuprinsul acestora există prevederi legate de dobânda anuală efectivă, cheltuielile stabilite la data finalizării contractului, ca și condițiile în care dobânda sau cheltuielile pot fi ajustate[53]. Majoritatea dispozițiilor, însă, se aplică și creditelor ipotecare garantate cu terenuri, excepție făcând prevederile referitoare la rambursarea anticipată și la terminarea contractului.

*Code de consommation* francez preia majoritatea excepțiilor prevăzute de directivă. Contractele de credit al căror scop este dobândirea sau păstrarea drepturilor de proprietate asupra unui teren sau asupra unei clădiri existente sau proiectate sunt excluse din domeniul de aplicare, însă cu mențiunea că sunt permise operațiuni care sunt destinate realizării unor lucrări de reparații, îmbunătățiri sau de întreținere a unui teren sau a unei clădiri[54]. De asemenea, sunt excluse creditele cu o valoare sub 200 euro sau superioară limitei stabilite de directivă de 75.000 euro, cu excepția situației în care au ca obiect refinanțarea și

[52] Art. 491 alin. (2) BGB.

[53] Art. 491 alin. (3) BGB.

[54] Directiva 87/102/CEE excludea și contractele de credite încheiate în acest din urmă scop.

contracte de credit sub forma unei facilități de tip „descoperit de cont" în baza cărora creditul trebuie rambursat în termen de o lună[55].

Spania este singurul dintre statele analizate care a preluat în cea mai mare parte excepțiile prevăzute de Directivă. Legea nr. 16/2011 a preluat, spre deosebire de alte state, inclusiv dispozițiile ce exclud din domeniul de aplicare contractele de credit garantate fie prin ipotecă, fie printr-o altă garanție comparabilă, utilizată în mod curent într-un stat membru asupra unui bun imobil, fie printr-un drept legat de un bun imobil, dar şi contractele de credit al căror scop este dobândirea sau păstrarea drepturilor de proprietate asupra unui teren sau asupra unei clădiri existente sau proiectate[56]. România şi Germania nu au preluat niciuna dintre cele două excepții menționate, iar Franța, după cum am arătat mai sus, face referire doar la contractele de credit care au drept scop dobândirea sau păstrarea dreptului de proprietate asupra imobilelor. România nu a luat în seamă nici aspectele legate de minimul şi maximul valoric al creditelor ce fac obiectul protecției.

Prin urmare, din perspectiva aplicării prevederilor speciale, unele state au stabilit un domeniu de aplicare diferit de cel reglementat de către directivă. Fără a discuta despre beneficiile sau dezavantajele create prin extinderea domeniului de aplicare al directivei, aceasta poate fi considerată ca fiind contrară scopului principal al acestei directive, acela de a asigura acelaşi nivel de protecție al consumatorilor în toate statele membre.

### *3.2. Informarea precontractuală (art. 5 şi 6 din Directiva 2008/48/CE)*

Rolul informării corespunzătoare şi complete a consumatorului este deosebit de important în asigurarea unei poziții de egalitate la nivel informațional între părțile contractului de credit pentru consum. Prin acordarea de informații chiar din momentul

[55] Pentru amănunte, a se vedea art. 311-3 Code de Consommation şi C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 450.

[56] Art. 3 *Contratos excluidos*, Ley 16/2011.

publicității[57] efectuate pentru credite se aduce mai multă transparență în piața creditelor pentru consum şi, deci, se permite crearea unui cadru de concurență clară şi loială. O informare excesivă, însă, poate duce la crearea unei situații confuze pentru consumator şi, deci, la obținerea efectului contrar celui urmărit[58]. Acesta este unul dintre motivele pentru care au existat şi critici la adresa prevederilor directivei. În Germania, raportat la prevederile anterioare implementării directivei, noțiunea în sine de informare precontractuală[59] a fost un element de noutate reprezentând o importantă creştere a gradului de protecție oferit consumatorului[60].

Informațiile precontractuale necesare a fi oferite de creditor, înainte ca un consumator să încheie un contract de credit sau să accepte o ofertă, sunt concretizate în Anexa II la Directivă, *Informații standard la nivel European privind creditul pentru consumatori*. Acestea au fost preluate exact în Austria, Italia, Spania şi cu mici schimbări terminologice în Germania. În Franța[61] informațiile standard din Anexa II au fost preluate cu câtva modificări, cum ar fi spre exemplu omiterea art. 5 (1) lit. q), Anexa II nr. 4, respectiv dreptul consumatorului de a fi informat imediat şi gratuit de rezultatul consultării bazei de date atunci când creditul este refuzat, în schimb prevede obligația creditorului de a consulta baza de date creată în scopul verificării solvabilității creditorului[62].

---

[57] Art. 6a *Preisangabenverordnung* (PAngV)*(Republictă 18. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4197)*, obligă la informare completă atunci când publicitatea are loc prin indicarea de cifre şi prețuri. Presupune indicarea clară a ratei dobânzii, a valorii creditului şi rata anuală efectivă; Franța, art. L311-4 *Code de consommation*; Spania, art. 9 Ley no. 16/2011.

[58] P. Wösthoff, *op. cit.*, p. 84.

[59] Anexa 3 la art. 247 par. 3 EGBGB stabileşte modalitatea şi conținutul informării. În BGB obligația de informare prevăzută de directivă este preluată în cuprinsul art. 491. Creditorul poate refuza furnizarea informațiilor în cazul în care nu doreşte să încheie un contract cu consumatorul [art. 491 alin. (2), teza a II-a BGB] – a se vedea P. Wösthoff, *op. cit.*, p. 143.

[60] Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 29.

[61] L311-5 - L311-7 Code de consommation.

[62] Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 27.

România a preluat exact Anexa II, dar a făcut o mică modificare legat de implementarea art. 5 lit. r), unde este prevăzut dreptul consumatorului de a obține gratuit o copie a proiectului contractului de credit, cu excepția situațiilor în care creditorul nu doreşte să încheie un contract de credit cu consumatorul. Conform art. 13 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010, această obligație nu subzistă atunci când în momentul cererii creditorul nu poate să încheie contractul de credit cu consumatorul conform normelor sale interne. Credem că modul de formulare al textului în actul normativ național este mai potrivit decât formularea din cuprinsul directivei, pentru că oferă mijloace obiective de apreciere a caracterului justificat sau nu al refuzului creditorului de a furniza copia proiectului de contract.

O problemă a constituit şi întinderea obligației de a oferi explicații, instituită de art. 5 alin. (6) din Directiva 2008/48/CE[63], respectiv ce anume înțelege legiuitorul european prin noțiunea de explicații[64]. S-au ridicat, astfel, întrebări dacă această noțiune este echivalentă cu noțiunea de îndrumare sau consiliere ori presupune mai puțin decât acestea, despre momentul când trebuie oferite aceste explicații, în ce formă (dacă este nevoie de o întâlnire directă sau nu), la inițiativa cui, ce se întâmplă în cazul oferirii unor explicații eronate care ar fi determinante în încheierea contractului şi care ar putea fi sancțiunile aplicate[65].

---

[63] Preluată de legislațiile naționale în: art. 11 Ley no.16/2011; art. 491 alin. (3) BGB; art. 18 din O.U.G. nr. 50/2010.

[64] P. Wösthoff, *op. cit.*, pp. 81-83.

[65] În proiectul de lege de implementare a directivei, legiuitorul german clarifică noțiunea de explicații, considerând că aceasta presupune clarificarea condițiilor contractuale în așa fel încât să fie inteligibile pentru consumator, inițiativa în solicitarea clarificărilor trebuie să aparțină consumatorului, nu presupune o întâlnire directă cu acesta şi se subsumează noțiunii de consiliere/îndrumare, deci este mai puțin decât aceasta din urmă. BT-drs.16/11643, p. 78 – http://dip21. bundestag. de/dip21/btd/16/116/1611643.pdf. O eventuală răspundere pentru încălcarea acestei obligații poate fi antrenată, conform art. 311 alin. (2), art. 280 alin. (1), art. 241 alin. (2) BGB, dacă lipsa informării a fost determinantă la semnarea contractului. Dovada faptului că explicațiile nu au existat sau au fost greşite incumbă consumatorului – a se vedea, pentru amănunte, P. Wösthoff, *op. cit.*, pp. 144-146.

### *3.3. Informații obligatorii în cuprinsul contactului de credit (art. 10 din Directiva 2008/48/CE)*

Contractul de credit trebuie să fie redactat pe hârtie sau pe un alt suport durabil[66], iar toate părțile trebuie să fie în posesia unui exemplar. Deşi nu există o formă standardizată a informațiilor ce trebuie cuprinse în contractul de credit, directiva prevede obligația de prezentare a informațiilor într-o manieră clară şi concisă, iar cerințele legate de informațiile obligatorii sunt mult mai ample prin comparație cu directiva anterioară.

Legiuitorul român a prevăzut cu caracter obligatoriu inclusiv fontul utilizat şi mărimea acestuia, precum şi contrastul dintre fondul hârtiei şi cel al fontului utilizat[67].

Art. 10 al Directivei a fost preluat fără modificări în Spania, Austria, Franța şi Germania, iar România a preluat textul cu unele mici modificări şi particularități de implementare, privind art. 10 alin. (3)-(5). În cazul rambursării în rate a valorii totale a creditului aferent unui contract de credit pe durată determinată, directiva şi actul normativ de implementare, respectiv O.U.G. nr. 50/2010, prevăd dreptul consumatorului de a primi, la cerere şi gratuit, în orice moment pe întreaga durată a contractului de credit, pe hârtie sau pe alt suport durabil, conform deciziei consumatorului, un extras de cont sub forma unui tabel de amortizare/grafic de rambursare. În plus față de prevederile Directivei, art. 47 alin. (2) din O.U.G. nr. 50/2010 indică inclusiv informațiile obligatorii din cuprinsul graficului de rambursare[68].

În cazul contractelor de credit sub forma unei facilități de tip „descoperit de cont", legiuitorul român a omis să implementeze

---

[66] Directiva 87/102/CEE prevedea obligația de redactare pe suport de hârtie.

[67] Art. 33 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010: „Contractele de credit sunt redactate în scris, vizibil şi uşor de citit, fontul utilizat fiind Times New Roman, mărimea de minimum 12 p, pe hârtie sau pe un alt suport durabil. În cazul în care contractul este redactat pe hârtie, culoarea de fond a hârtiei pe care este redactat contractul trebuie să fie în contrast cu cea a fontului utilizat".

[68] Art. 47 alin. (2) din O.U.G. nr. 50/2010: a) ratele datorate; b) termenele şi condițiile de plată ale acestor sume; (3) Tabelul/graficul conține o detaliere a fiecărei rambursări care să arate: a) rambursarea valorii totale a creditului; b) dobânda calculată pe baza ratei dobânzii aferente creditului; c) orice costuri suplimentare.

prevederile art. 10 pct. 5 lit. h) al Directivei, respectiv condițiile referitoare la exercitarea dreptului de retragere, întrucât art. 49 din O.U.G. nr. 50/2010 nu face referire la aceste informații[69].

Germania, alături de alte state[70], a stabilit sancțiuni în caz de neîndeplinire a acestor obligații în cuprinsul art. 494 alin. (4)-(7) şi art. 507 alin. (2)-(5) BGB. Dispozițiile legale prevăd interdicția creditorului de a se prevala de dispoziții care nu sunt precise sau nu au fost corect înscrise în contract. Interpretarea acestor dispoziții neclare se va face în favoarea consumatorului. Contractul căruia îi lipseşte una dintre informațiile obligatorii este lovit de nulitate. Există situații în care la inițiativa creditorului aceste lipsuri sunt acoperite printr-o redactare ulterioară a acestora ori în situația în care lipsurile afectează condițiile contractuale conform art. 494 alin. (2) pct. 2-6 BGB, prin comunicarea unor documente indicate de textul legal. Din ziua în care consumatorului îi sunt aduse la cunoştință clauzele şi condițiile contractuale şi informațiile lipsă, deci ulterior datei semnării contractului în modalitatea de mai sus, curge termenul de la care se poate exercita dreptul de retragere, prin derogare de la dispozițiile art. 495 BGB, termenul fiind în aceste situații de o lună[71].

---

[69] Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 34.

[70] În Spania, art. 21 Ley 16/2011, stabileşte sancțiunea pentru încălcări ale formei sau omisiuni ale clauzelor obligatorii: (1) nerespectarea formei scrise a contractului (...) face contractul anulabil. (2) Nemenționarea dobânzii anuale efective la care face referire lit. g) a art. 16, face ca obligația consumatorului să se reducă la plata dobânzii legale la termenele stabilite. (3) În cazul în care nu există mențiuni în contract legate de cuantumul, numărul şi termenele plăților [art. 16 lit. h)], şi doar atunci când nu există omisiuni sau neclarități legate de termenele de plată, consumatorul este obligat să plătească prețul de moment sau prețul nominal al creditului la termenele convenite. În cazul în care există omisiuni sau neclarități legate de termenele de plată, plata nu va putea fi solicitată consumatorului înainte de finalizarea contractului. (4) În situația în care datele menționate în art. 16 par. 2 ori art. 17, deşi figurează în contract sunt inexacte, consecințele prevăzute la alin. (2) şi (3), se vor adapta în funcție de prejudiciul pe care l-a suferit consumatorul datorită acestor inexactități *(trad. aut.)*.

[71] Art. 494 alin. (6) BGB: *„Enthält der Vertrag die Angaben nach Absatz 2 nicht oder nicht vollständig, können sie nach wirksamem Vertragsschluss oder in den Fällen des § 494 Absatz 2 Satz 1 nach Gültigwerden des Vertrags in Textform nachgeholt*

S-a pus problema dacă prevederile art. 14 (1) (b) din Directiva 2008/48/CE, legate de încălcarea obligației de informare din art. 10, au caracter exclusiv şi dacă sancțiunile instituite de dreptul german se încadrează în prevederile art. 23 al directivei, existând opinii că acest sancțiuni vin în contradicție cu scopul de armonizare al acesteia[72].

### *3.4. Dreptul de retragere (art. 14 din Directiva 2008/48/CE)*

Art. 14 al Directivei prevede dreptul consumatorului de a se retrage din contractul de credit fără a invoca motive într-un termen de paisprezece zile calendaristice, stabilind data de la care începe să curgă termenul, modalitatea de notificare, obligațiile sale ca urmare a exercitării dreptului de retragere de rambursare a principalului plus dobânda aferentă până la rambursarea acestuia.

Dreptul de retragere a existat în unele legislații şi anterior intrării în vigoare a noii directive[73]. Acesta a fost preluat de legislațiile statelor membre prin actele normative de transpunere[74].

---

*werden. Hat das Fehlen von Angaben nach Absatz 2 zu Änderungen der Vertragsbedingungen gemäß § 494 Absatz 2 Satz 2 bis Absatz 6 geführt, kann die Nachholung der Angaben nur dadurch erfolgen, dass der Darlehensnehmer die nach § 494 Absatz 7 erforderliche Abschrift des Vertrags erhält. In den sonstigen Fällen muss der Darlehensnehmer spätestens im Zeitpunkt der Nachholung der Angaben eine der in § 355 Absatz 3 Satz 2 genannten Unterlagen erhalten. Werden Angaben nach diesem Absatz nachgeholt, beträgt die Widerrufsfrist abweichend von § 495 einen Monat. Mit der Nachholung der Angaben nach Absatz 2 ist der Darlehensnehmer in Textform darauf hinzuweisen, dass die Widerrufsfrist von einem Monat nach Erhalt der nachgeholten Angaben beginnt. (7) Der Darlehensgeber stellt dem Darlehensnehmer eine Abschrift des Vertrags zur Verfügung, in der die Vertragsänderungen berücksichtigt sind, die sich aus den Absätzen 2 bis 6 ergeben. Abweichend von § 495 beginnt die Widerrufsfrist in diesem Fall, wenn der Darlehensnehmer diese Abschrift des Vertrags erhalten hat."*

[72] T. Riehm, B. Schreindorfer, *Das Harmonisierungskonzept der neuen Verbraucherkreditrechlinei*, GPR 2008, p. 244 (288) referiți de Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 34.

[73] Germania – art. 495 alin. (1) BGB raportat la art. 355 alin. (1) şi (2) BGB în versiunea anterioară lunii iunie 2010. Franța – Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, „loi Scrivener". Regatul Unit al Marii Britanii – Consumer Credit Act, în 1974, doar în anumite tipuri de contracte, așa-numita *cooling-off period* era între 5 şi 14 zile, în funcție de condițiile stabilite de art. 68 l CCA.

Art. L. 311-13 din *Code de consommation* prevede necesitatea dublei acceptări pentru formarea contractului. Pentru naşterea valabilă a contractului este în primul rând necesar să nu uzeze consumatorul de dreptul de retragere, iar creditorul trebuie să informeze consumatorul într-un termen de 7 zile de la data la care acesta din urmă a acceptat oferta despre acordul său de a acorda creditul[75]. Această reglementare face dificilă stabilirea momentului de la care începe să curgă termenul pentru exercitarea dreptului de retragere. Aparent, raportat la modul de redactare al textului, termenul curge de la data primei acceptării din partea consumatorului, deşi directiva statuează că acesta trebuie să curgă din ziua încheierii contractului[76].

Alte devieri de la prevederile directivei, pe lângă cele legate de modificarea termenului de retragere în anumite situaţii[77] sunt şi cele legate de art. 508 BGB *(Rückgaberecht)*, care prevede existenţa unui drept de restituire în locul dreptului de retragere, atunci când consumatorul a primit bunuri în legătură cu contractul de credit. Există opinii[78] conform cărora dreptul de restituire este echivalent cu dreptul de retragere, deci prevederea ar fi conformă cu dispoziţiile directivei, bazându-se pe prevederile pct. 35 din preambulul Directivei[79]. Este însă destul de clar faptul că articolul vine în contradicţie cu prevederile Directivei prin oferirea unei alternative la dreptul de retragere, această posibilitate nefiind prevăzută de directivă. Mai mult, ar putea fi considerată dăunătoare o asemenea

---

[74] Art. 58 şi urm. din O.U.G. nr. 50/2010, cu modificările ulterioare, art. 495 şi urm. BGB.

[75] A se vedea C. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 453.

[76] Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 36.

[77] Cum este cazul art. 494 alin. (7) BGB, astfel cum am arătat mai sus, termenul de retragere fiind stabilit la o lună.

[78] R. Welter, în M. Gebauer, T. Wiedmann, Zivilrecht unter europaeischem Einfluss, *Die Richtlineienkonforme Auslegung der BGB und anderer Gesetze-Erlauterung der wichtigsten EG-Verordnungen*, 2te edition, 2010, cap. 12, referit de Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 34.

[79] „În cazul în care un consumator se retrage dintr-un contract de credit în baza căruia a primit bunuri, în special în urma unei achiziţii în rate sau a unui contract de închiriere sau de leasing care prevede o obligaţie de cumpărare, prezenta directivă nu ar trebui să aducă atingere reglementărilor statelor membre privind chestiuni referitoare la restituirea bunurilor sau la orice alte chestiuni în legătură cu aceasta."

prevedere ce obligă consumatorul să restituie bunurile, deci singurul mijloc de constrângere a celeilalte părți, mai ales dacă a achitat în avans valoarea acestora[80]. Perioada de restituire nu începe decât de la data primirii bunurilor, prin urmare această prevedere prelungeşte indirect termenul de retragere stabilit de directivă, un alt motiv pentru a considera această prevedere contrară dispozițiilor acesteia[81].

*3.5. Rambursarea anticipată*[82] *(art. 16 din Directiva 2008/48/CE)*

Directiva prevede dreptul consumatorului de a se elibera în tot sau în parte de obligațiile sale în baza unui contract de credit, în orice moment. În aceste cazuri, consumatorul trebuie să aibă dreptul la o reducere a costului total al creditului[83], care constă în dobânda şi în costurile aferente duratei restante a contractului, iar creditorul are dreptul la o compensație rezonabilă şi justificată în mod obiectiv, limitată la 1% din valoarea creditului rambursat anticipat sau la 0,5%, în funcție de intervalul de timp rămas până la scadență.

Prevederile art. 16 al Directivei au fost preluate de O.U.G. nr. 50/2010 în art. 66-69, cu unele adăugiri, în cuprinsul alin. (2), care stipulează faptul că acest drept nu poate fi condiționat de plata unei anumite sume minime sau de un anumit număr de rate. Art. 67 alin. (3) din O.U.G. nr. 50/2010 prevede obligația de prezentare încă din stadiul precontractual a unei metode de calcul al compensației, clare şi uşor verificabile.

Deşi dispozițiile art. 16 alin. (5)[84] al Directivei permit în anumite situații depăşirea limitelor de compensare stabilite, legiuitorul german[85] nu se prevalează de această posibilitate, care în

---

[80] Ch. Wendehorst, *Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrechtlinie*, ZEuP 2011, p. 263, referit de Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 36.

[81] Art. 356 alin. (2) BGB.

[82] Art. 500 alin. (2) BGB.

[83] Art. 501 BGB include în situația prevăzută pentru rambursarea anticipată şi situația rezilierii contractului.

[84] Orice compensație nu depăşeşte cuantumul dobânzii pe care consumatorul ar fi plătit-o în perioada dintre rambursarea anticipată şi data convenită pentru încetarea contractului de credit.

[85] Art. 502 BGB.

mod just a fost considerată de natură a afecta gradul de protecție oferit consumatorului şi chiar dreptul său de a cere rambursarea anticipată.

În Franța însăşi dreptul la despăgubire al creditorului a fost subiectul multor dezbateri. Inițial nu fost dorită introducerea unei asemenea prevederi, iar ulterior ,deşi preluată în *Code de consommation*, aplicarea acesteia este cât se poate de limitată[86]. În cazul rambursării anticipate a creditului, parțial sau total, consumatorul nu va plăti niciun cost suplimentar, dacă dobânda este variabilă.

### *3.6. Calcularea dobânzii anuale efective (art. 19 din Directiva 2008/48/CE)*

Reglementările legate de dobânda anuală efectivă (DAE), respectiv art. 19 al Directivei şi Anexa I la aceasta, au fost implementate cu succes în statele membre supuse analizei[87]. În Spania, deşi actul normativ autorizează Ministerul Economiei şi Finanțelor să stabilească reguli suplimentare de calcul al dobânzii în cazul în care se consideră insuficiente mijloacele puse la dispoziție de directivă, această prevedere nu vine în contradicție cu dispozițiile directivei care autorizează doar Comisia să dispună noi mijloace de calcul, întrucât ministerul nu poate face aceste modificări decât cu acordul Comisiei[88].

## 4. Concluzii

Urmărind doar implementarea dispozițiilor armonizate din cuprinsul Directivei 2008/48/CE şi noțiunile esențiale ale domeniului reglementat în legislația câtorva state membre, nu avem pretenția de a fi realizat o prezentare exhaustivă a modului de transpunere a directivei şi nici a protecției consumatorului de credit la nivelul acestor state. Cu toate acestea, aspectele care au făcut obiectul analizei sunt suficiente pentru a se putea trage

[86] Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 39.

[87] Art. 6 alin. (3) şi anexa 1 la PAngV(Germania), art. 32 anexa 1 Ley 16/2011(Spania), art. 72-76, anexa nr. 1 la O.U.G. nr. 50/2010.

[88] Directorate-General for Internal Policies, *op. cit.*, p. 40.

concluzia că nici Directiva 2008/48/CE nu reuşeşte să asigure consumatorului de credit un nivel de protecție egal în situații identice în statele membre. Problemele sunt generate în principal de modul în care statele membre au înțeles uneori să transpună prevederile Directivei în legislația națională, în sensul că, deşi anumite dispoziții ale directivei aveau caracter imperativ, urmărind armonizarea deplină, statele membre au înțeles să selecteze, respectiv să implementeze doar unele dintre acele dispoziții. Chiar şi atunci când dispozițiile directivei au fost preluate complet, s-a încercat adaptarea acestora la prevederi deja existente în legislație, fapt care a dus uneori la denaturarea scopului urmărit de norma europeană.

Pe lângă aspectele legate de implementarea defectuoasă pe alocuri a directivei, un alt motiv pentru care aceasta din urmă nu şi-a atins pe deplin scopul este însuşi modul de redactare a acesteia, care a permis statelor membre să deroge de la prevederile sale în aspectele legate de domeniul de reglementare. Or, esențială pentru o aplicare unitară şi o protecție egală a consumatorului în statele membre este chiar reglementarea unitară a categoriei raporturilor juridice reglementate. Cum am putea să protejăm un consumator în mod egal dacă protecția oferită variază în statele membre raportat la tipul de contract încheiat?

Domeniul de aplicare a normelor de protecție a consumatorului de credit este cel care determină situațiile concrete cărora legiuitorul le-a destinat măsurile de protecție din cuprinsul acestora. Protecția oferită de actul normativ depinde, deci, de încadrarea sau nu în limitele domeniului de aplicare. Astfel, un subiect care doreşte să se prevaleze de dispozițiile unei legi de protecție a consumatorului trebuie în primul rând să verifice dacă subiecții raportului juridic se încadrează în ceea ce actul normativ defineşte drept profesionist şi consumator. Apoi trebuie să verifice dacă scopul creditului nu îl îndepărtează de ceea ce legea înțelege prin finanțare pentru consumul privat şi, nu în ultimul rând, trebuie să analizeze categoria de credit acordată şi dacă aceasta nu se află printre cele excluse de la aplicarea actului normativ.

Nu este însă suficient, după cum am văzut situația din dreptul german, să existe o definiție comună stabilită la nivelul Uniunii Europene, dacă statele membre nu duc efortul de implementare mai departe de simpla adaptare a dispozițiilor europene la dreptul existent. Uneori este necesară modificarea şi adaptarea chiar a unor concepte fundamentale ale dreptului pentru realizarea deplină a scopului urmărit de către o Directivă. Este imperios necesar ca noțiunile folosite în definiție să aibă acelaşi înțeles în legislația tuturor statelor membre. Altfel, şi în contextul actual după implementarea Directivei, suntem în situația ca tratamentul şi protecția oferite consumatorului să varieze în funcție de statul în care este contractat creditul, raportat la noțiunea de profesionist şi consumator, dar şi la domeniul concret de aplicare a reglementărilor speciale în domeniul creditului pentru consum din statul respectiv. În aceste condiții, credem că ar fi indicat ca acest domeniu să fie reglementat mai strict la nivelul Uniunii Europene, într-o manieră care să nu facă posibilă o implementare diferențiată la nivelul statelor membre, de natură a afecta scopul urmărit de actele europene.

## BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

1. Aguilar Ruiz L., *La proteccion legal del consumidor de credito*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001;

2. Apan R.D., *Reglementările comunitare în domeniul protecției consumatorilor în materia creditului destinat consumului*, în Revista de drept comercial 1/2005, www.inm-lex.ro/fisiere/pag_34/det.../1388.doc;

3. Bercovitz Rodriguez-Cano A., *Ambito de aplicacion y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Estudios sobre Consumo, nr. 3, Instituto Nacional de Consumo, 1984;

4. Darleder P., Knops K.-O., Bamberger H.G., *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, ediția a II-a, Springer-Verlag, Berlin, 2009;

5. Directorate General for Internal Policies, Policy department: economic and scientific policy, *Implementation of the Consumer Credit Directive*, Study, http://www.europarl.europa. eu/studies;

6. Gavalda Ch., Stoufflet J., *Droit bancaire. Institutions-Comptes-Operations-Services*, ediția a VIII-a, Editura Lexis Nexis, Paris, 2010;

7. Stancu Gh., *Particularitățile raporturilor contractuale, în cadrul dreptului consumului*, în Dreptul nr. 2/2009, p.27-39;

8. Wösthoff Ph., *DISSERTATION: Die Verbraucherkre ditrichtlinie 2008/48/EG und deren Umsetzung ins deutsche Recht*, Universität Wien, 2010.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# III. ALTE FORME SPECIALE ALE CREDITULUI BANCAR

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# SCRISOAREA DE GARANȚIE BANCARĂ

*Conf. univ. dr. Rada POSTOLACHE*
*Facultatea de Drept şi Ştiinţe Social-Politice*
*Universitatea „Valahia" Târgovişte*

***Abstract:*** *The letter of bank guarantee is the legal act by means of which the issuer – a credit institution – takes upon itself a principal and autonomous duty that of paying an amount of money, upon the first and simple demand of the beneficiary, for the case in which the duty insured by the guarantee is not fulfilled. The letter of bank guarantee is an autonomous legal act, non-conditioned and irrevocable. Judging by its content, the letter of bank guarantee is considered a type of the letter of guarantee regulated by the Civil Code (article 2321) in terms of autonomous guarantees. The origins, specific features, autonomy and contents of this legal instrument shall constitute the object of our analysis within the present work, having as ground the provisions of common law, bank legal regulations and literature.*

***Keywords:*** *autonomous guarantee, letter of bank guarantee, banking practices, abuse of rights*

***Rezumat:*** *Scrisoarea de garanţie bancară este actul juridic prin care emitentul – o instituţie de credit – îşi asumă o obligaţie principală şi autonomă de a plăti o sumă de bani la prima şi simpla cerere a beneficiarului, în cazul în care obligaţia garantată nu este executată. Scrisoarea de garanţie bancară este autonomă, necondiţionată şi irevocabilă. După conţinutul său, scrisoarea de garanţie bancară este considerată o formă a scrisorii de garanţie reglementate de Codul civil (art. 2.321) ca garanţie autonomă. Originile, caracterele, autonomia şi conţinutul acestui instrument juridic constituie obiectul analizei prezentului studiu, având ca bază prevederile dreptului comun, reglementările bancare şi doctrina.*

***Termeni-cheie:*** *garanţie autonomă, scrisoarea de garanţie bancară, uzanţe bancare, abuz de drept*

## 1. Considerații introductive

Scrisoarea de garanție este integrată garanțiilor autonome, alături de scrisoarea de confort, fiind supusă regimului juridic

atribuit de Codul civil[1], art. 2.321 („Scrisoarea de garanție"), respectând, însă, principiul *specialia generalibus derogant*. Scrisoarea de garanție bancară reprezintă o specie a scrisorii de garanție, circumstanțiată prin regimul său restrictiv vizând emitenții acesteia, dimensionarea expunerii lor, garanțiile acoperitoare solicitate de aceştia, specificitatea executării sale.

Emitenții scrisorii de garanție bancară sunt instituțiile de credit, în accepțiunea legii speciale – O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit şi adecvarea capitalului[2]. Potrivit art. 3 din acest act normativ, instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui şi funcționa în una dintre următoarele categorii: a) bănci; b) organizații cooperatiste de credit; c) bănci de economisire şi creditare în domeniul locativ; d) bănci de credit ipotecar.

Flexibilitatea executării, generată de autonomia lor, a făcut din scrisorile de garanție bancară principalul instrument juridic agreat de participanții la raporturile juridice de afaceri interne sau internaționale, chiar şi de legiuitor, pentru situația acoperirii riscurilor decurgând din utilizarea banilor publici şi din executarea obligațiilor financiar-vamale.

Cu privire la actul supus analizei noastre, vom utiliza, cu acelaşi înțeles, şi denumirile garanție bancară la cerere, garanție bancară autonomă ori garanție bancară independentă[3], în acest sens fiind şi practica şi literatura juridică bancară.

## 2. Originea cutumiară a scrisorii de garanție

În absența unui temei juridic special, garanția autonomă a fost asumată, de-a lungul timpului, potrivit dispozițiilor dreptului comun al obligațiilor şi principiului libertății contractuale,

[1] Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2009, denumit în această lucrare Codul civil, C. civ. sau reglementarea nouă.

[2] Publicată în M. Of. nr. 1.027 din 27 decembrie 2006 şi denumită în această lucrare O.U.G. nr. 99/2006, legea specială sau legea bancară.

[3] Pentru detalii privind terminologia garanției autonome, a se vedea R. Postolache, *Unele considerații în legătură cu garanțiile autonome potrivit noului Cod civil*, în Dreptul nr. 11/2011, pp. 19-35.

nefiindu-i aplicabile prin analogie[4] normele juridice reglementând fideiusiunea. Lipsa reglementărilor speciale a fost suplinită şi de o bogată practică, în special bancară, care a determinat principiile acestor instrumente, creând un adevărat *drept cutumiar* în domeniu, garanțiile autonome fiind practicate ca acte juridice specifice.

Camera de Comerț Internațional de la Paris a codificat practicile din domeniul garanțiilor la cerere – o armonizare convențională, din care au rezultat, inițial, Regulile uniforme privind garanțiile contractuale – Publicația nr. 325/1978, cuprinzând o formulă hibridă, combinație între fideiusiunea clasică şi garanția bancară la cerere[5], succedată de Regulile uniforme privind garanțiile la cerere – Publicația nr. 458/1992, versiune mai completă, cu aplicabilitate mai largă şi mai eficientă. De la 1 iulie 2010 este în vigoare Publicația nr. 758/2010 – Regulile uniforme privind garanțiile la cerere, foarte apropiate de regulile *crédocs*, versiune completă şi echilibrată, bucurându-se de un real succes, chiar şi acolo unde sistemele naționale conțin norme de drept substanțial. De origine privată, regulile uniforme se aplică numai potrivit *lex voluntatis*, *per relationem*.

De cealaltă parte a oceanului, practicile au fost codificate, alcătuind conținutul dispozițiilor art. 5 din Codul comercial uniform al SUA şi vizând acreditivul *stand-by*, instrument juridic echivalent garanției autonome europene[6].

### 3. Reglementarea juridică a scrisorii de garanție bancară

Integrate scrisorii de garanție, înțeleasă ca o garanție autonomă ori independentă, reglementările substanțiale incidente acesteia sunt, deopotrivă, aplicabile şi scrisorii de garanție bancară, respectând, desigur, limitele specificității bancare.

---

[4] Pentru o opinie diferită, a se vedea P.A. Gilliéron, *Les garanties personnelles en matière bancaire*, Imprimerie du „Journal de Genève", 1958, p. 93. Autorul consideră că fideiusiunea îndeplinește un rol supletiv în toate cazurile de lacună a legii sau a convenției părților, ea servind drept model pentru toate celelalte forme de garanție.

[5] J.P. Mattout, *Droit bancaire international*, în *La Revue Banque Éditeur*, Paris, 1987, p. 248.

[6] Acesta constituie o formă a creditului documentar, pentru contracararea prohibiției garanțiilor bancare, apărută în Statele Unite ale Americii.

*a) Scrisoarea de garanție în dreptul intern. Dreptul comun.* Legea nr. 287/2009 privind Codul civil reglementează unitar garanțiile personale în Cartea V „Despre obligații", alocându-le titlul X „Garanții personale" [Capitolele I şi II („Fideiusiunea"), art. 2.279-2.320, Capitolul III („Garanțiile autonome"), art. 2.321 („Scrisoarea de garanție") şi art. 2.322 („Scrisoarea de confort")]. Reglementarea garanțiilor autonome constituie un element novator în dreptul nostru intern, preluând, însă, elementele referențiale din practica existentă în domeniu, internă şi internațională, în special bancară. Integrată scrisorii de garanție, scrisoarea de garanție bancară este supusă reglementărilor acesteia, în principal art. 2.321 C. civ., iar în completare dispozițiilor comune privind actul juridic din Codul civil român.

Spre deosebire de fideiusiune, reglementarea scrisorii de garanție este extrem de flexibilă, cel puțin sub aspectul asumării şi executării ei; legea consacră o formulă deja notorie, potrivit cutumelor din domeniu, agreată, în special, în domeniul comerțului intern şi internațional, asigurând, astfel, succesul practicării lor, în continuare, pe o scară largă.

*Legea specială.* O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit şi adecvarea capitalului prevede „emiterea de garanții şi asumarea de angajamente" la art. 18 alin. (1) lit. f), ca „activități permise instituțiilor de credit", oferind, însă, doar un temei de maximă generalitate cu privire la acestea.

Alături de legea bancară, există o diversitate de acte normative[7] instituind expres obligația de a aduce o garanție într-un

[7] Exemplificativ: O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii (M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006) şi actele normative edictate în aplicarea acesteia – H.G. nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii (M. Of. nr. 98 din 8 februarie 2007) şi Ordinul ministrului economiei şi finanțelor nr. 2.181/2007 privind aprobarea Manualului operațional pentru activitatea de observare şi verificare a atribuirii contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii (M. Of. nr. 55 din 24 ianuarie

raport juridic obligațional, în special, de interes public, fiind agreată frecvent scrisoarea de garanție bancară. Însă, aceste reglementări doar circumstanțiază cu privire la garanțiile solicitate, stabilind riscurile care trebuie acoperite şi impunând limite ale valorii şi perioadei lor de valabilitate, ele neputând constitui un cadru juridic de referință; garanțiile impuse, cel mult, pot fi considerate drept aplicații ale scrisorii de garanție generic reglementate de Codul civil, ele regăsindu-se, frecvent, în domeniul achizițiilor publice de lucrări, în domeniul fiscal şi în cel vamal.

În plus, fără a înfrânge principiul *pacta sunt servanda*, prevalează normele prudențiale edictate de autoritatea de supraveghere din domeniu, Banca Națională a României, vizând dimensionarea expunerii instituțiilor de credit față de clienți; încălcarea lor pune în discuție preeminența celor doi vectori caracterizând domeniul bancar, libertate şi control, prevalând, desigur, norma imperativă.

De asemenea, se impun, cu forță juridică obligatorie, normele proprii (interne) edictate de fiecare instituție de credit, obligatorii, secrete şi cu o încărcătură tehnico-juridică excesivă.

*b) Garanțiile autonome în dreptul Uniunii Europene.* Prezintă importanță, sub acest aspect, Directiva Parlamentului European şi a Consiliului nr. 2006/48/CE privind accesul la calitatea de instituție de credit şi exercițiul acesteia şi Directiva Parlamentului European şi a Consiliului nr. 2006/49/CE privind adecvarea capitalului[8], dispozițiile destinate prevenirii şi contracarării riscurilor decurgând din expunerea instituțiilor de credit prin asumarea lor, dată fiind natura lor de „credit prin semnătură". O reglementare generală cu privire la garanții nu există, însă.

*c) Garanțiile autonome în dreptul internațional.* Interesată de garanțiile independente, Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul

2008); Codul vamal român – Legea nr. 86/2006 (M. Of. nr. 350 din 19 aprilie 2006); Codul fiscal – Legea nr. 571/2003 (M. Of. nr. 927 din 23 decembrie 2003).

[8] Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L. 177 din 30 iunie 2006.

Comerțului Internațional a elaborat un text de lege, adoptat de Adunarea Generală a Națiunilor Unite şi oferit pentru semnătură la 11 decembrie 1995 la New York, sub denumirea de Convenția Națiunilor Unite asupra garanțiilor independente şi acreditivului *stand-by*[9], în vigoare de la 1 ianuarie 2000.

Convenția se aplică garanțiilor independente şi acreditivelor *stand-by* cu caracter internațional menționate la art. 2[10]. Grație normelor supletive, părțile pot limita, după cum pot extinde aplicarea convenției asupra unor angajamente nevizate de art. 2, dacă menționează expres că angajamentul este supus acesteia. Reglementarea conține reguli materiale şi reguli privind conflictul de legi, însă neacoperitoare în raport cu complexitatea garanției independente şi a acreditivului *stand-by*, cu toate acestea având meritul de a oferi comunității internaționale un text unificat, care ar trebui să asigure securitatea comerțului.

Unele sisteme de drept național[11] conțin reglementări specifice garanțiilor autonome, însă acestea sunt incomplete şi diferite de la un sistem juridic la altul. Ca şi în sistemul de drept românesc, garanțiilor autonome li se aplică, în măsura în care nu sunt incompatibile, dispozițiile dreptului comun şi au la bază principiul libertății contractuale[12].

Sintetizând, scrisoarea de garanție bancară, angajament autonom, este supusă dreptului comun, Codul civil, în principal dispozițiilor art. 2.321 C. civ. („Scrisoarea de garanție"), în măsura în care dispozițiile speciale menționate nu prevăd altfel.

---

[9] Ratificată doar de câteva state: Ecuador, Panama, El Salvador, Kuweit, Tunisia, Gabon, Liberia, Statele Unite ale Americii, Belarus.

[10] Sunt reținute două criterii pentru aplicarea acesteia: sediul emitentului în cadrul căruia angajamentul a fost emis să fie situat pe teritoriul unui stat contractant sau regulile de drept internațional privat duc la aplicarea legislației unui stat contractant.

[11] În dreptul francez, garanția autonomă este reglementată relativ recent, în Codul civil, ca urmare a reformării garanțiilor prin Ordonanța nr. 346/2006.

[12] Pentru detalii, a se vedea N. Iynedjian, *Les sûretés globales. Etude de droit bancaire*, thèse de licence et de doctorat, Éditeur Schultess, Zürich, 1999, p. 60 şi urm.

**4. Noțiunea scrisorii de garanție bancară**

*a) Definiția normativă.* Potrivit art. 2.321 alin. (1) C. civ., scrisoarea de garanție este „angajamentul irevocabil şi necondiționat prin care o persoană (o instituție de credit, în cazul scrisorii de garanție bancară – n.n.) se obligă, la solicitarea unei persoane numite ordonator, în considerarea unui raport obligațional preexistent, dar independent de acesta, să plătească o sumă de bani unei terțe persoane, numită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat".

Definiția evocă specificul scrisorii de garanție – angajament autonom, irevocabil şi necondiționat, independent de raportul juridic obligațional considerat, diferențiind-o, totodată, de garanția accesorie (fideiusiunea), în esență prin obligarea garantului în prim rang. Scrisoarea de garanție, implicit cea bancară, îşi dezvăluie însă esența prin raportarea acestor norme la dispozițiile art. 2.321 alin. (2)-(4), ce instituie executarea angajamentului „la prima şi simpla cerere", dacă prin textul său nu se prevede altfel, certificând, totodată, efectele specifice acestui instrument juridic. Esențializat, textul art. 2.321 deferă aspectele juridice comune, mai ales condițiile de fond, exercitarea acțiunii în regres şi încetarea garanției, dispozițiilor comune ale Codului civil.

*b) Definiția doctrinară.* Aproape invariabil, definițiile doctrinare conțin modalitatea de executare, spre a disocia garanția analizată de fideiusiune. Garanția autonomă sau la cerere, aici scrisoarea de garanție bancară, este „un angajament semnat de o bancă, care promite să-l despăgubească pe cocontractantul clientului său la prima cerere din partea acestuia. Este stipulat expres că banca renunță la invocarea excepțiilor pe care clientul său le-ar fi putut invoca (neexecutarea obligațiilor, de exemplu)"[13].

Alte definiții accentuează autonomia acestui act juridic, înțeles drept „un angajament de plată a unei anumite sume de bani, la prima cerere a beneficiarului, potrivit termenilor contractului de

[13] F. Dekeuwer-Défossez, *Droit bancaire*, 5e éd., Ed. Dalloz, Paris, 1995, p. 111.

garanție, fără posibilitatea de a invoca mijloacele decurgând din contractul de bază"[14].

Preocupați, în special, de sublinierea autonomiei şi a modalității de punere în executare, în aceste definiții, autorii, cu unele excepții, nu fac nicio referire la obligația garantată, indiferent de felul sau tipul acesteia. Sub acest aspect, considerăm adecvată definiția din literatura juridică bancară română – „contractul prin care o bancă se obligă să garanteze *conduita* unei persoane, în vederea obținerii unui anumit *rezultat*, iar în situația în care nu este obținut, să-i plătească beneficiarului o anumită sumă de bani cu titlu de despăgubire"[15].

În aceeaşi notă sunt şi dispozițiile Codului civil, rezumate la sintagma „în considerarea unui raport obligațional preexistent". Dacă în cazul fideiusiunii legea prevede „să execute (...) obligația debitorului dacă acesta din urmă nu o execută" (art. 2.280 C. civ.), aici obligația garantată se poate deduce doar indirect, din expresiile des uzitate, care prevăd că plata garanției are drept temei „termenii contractului de garanție", „termenele şi în condițiile stipulate de garant", „plata conformă", de asemenea, extrem de general formulate. De altfel, nici Publicația 758/2010 nu reprimă referirea la relația de bază, dacă are drept scop identificarea sa, prin aceasta natura independentă a garanției rămânând nemodificată (art. 5 – „Independența garanției şi a contragaranției").

În opinia noastră, scrisoarea de garanție bancară reprezintă angajamentul asumat de o instituție de credit de a plăti o sumă de bani la simpla cerere a unei persoane, beneficiarul acesteia, pentru situația în care ordonatorul garanției (persoana a cărei conduită conformă este garantată) nu execută sau execută necorespunzător obligațiile sale decurgând dintr-un raport juridic considerat, preexistent şi independent de acesta.

[14] Ph. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, Ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 261.
[15] V. Pătulea, *Contractele de garanții bancare*, în Dreptul nr. 1/1994, p. 63.

**5. Scrisoarea de garanție bancară – act juridic unilateral sau contract?**

Din sintagma „angajament irevocabil şi necondiționat de a plăti o sumă de bani unei terțe persoane" conținută de definiția scrisorii de garanție, art. 2.321 alin. (1) C. civ., transpare calitatea acesteia de *act juridic unilateral,* al cărei beneficiar este un terț, creditor în raportul juridic obligațional considerat, preexistent. În plus, în raport cu fideiusiunea, legea nu mai califică actul supus analizei noastre drept contract. De asemenea, dacă beneficiarul fideiusiunii era considerat „cealaltă parte a contractului" (art. 2.280 – „Fideiusiunea"), aici beneficiarul scrisorii de garanție este calificat de Codul civil, pur şi simplu, *terț,* inducând ideea de act juridic unilateral al cărui titular este emitentul garant.

Emiterea acestei garanții nu poate rămâne, însă, în afara voinței beneficiarului său, de unde şi întrebarea firească dacă acesta este doar un beneficiar al unor drepturi al căror izvor îl constituie actul juridic dintre garant şi ordonatorul garanției ori o veritabilă parte a unui contract încheiat între garant şi beneficiar. În fapt, ordonatorul acționează la solicitarea creditorului din raportul obligațional preexistent, nefăcând altceva decât să realizeze cerința aducerii unei garanții a cărei constituire valabilă condiționează însăşi naşterea ori executarea acestui raport, după caz.

Mai mult, cerința acordului de voință al beneficiarului se desprinde din integrarea acestuia în mecanismul încheierii garanției, legea neatribuindu-i rolul unui simplu beneficiar, care ar putea, pur şi simplu, să accepte ori să refuze conținutul actului care îi este destinat ca în cazul unei donații, de exemplu. Avem drept argument dispozițiile Publicației 758/2010, art. 11 lit. b), conform căruia „o modificare făcută fără acordul beneficiarului nu este opozabilă beneficiarului", deci, cu atât mai mult, impunându-se acordul la emitere.

Irevocabilitatea şi caracterul necondiționat evocă aici imperativul asigurării securității raportului juridic obligațional considerat, încheiat tocmai sub condiția aducerii acestei garanții, şi nu calificarea garanției ca act juridic unilateral.

Autorii care califică garanția autonomă ca un act juridic unilateral consideră că angajamentul garantului este definitiv de la data producerii efectelor, fără a fi necesar consimțământul beneficiarului, fără a diminua securitatea rezultând din scrisoarea de garanție[16].

Garanția bancară autonomă este considerată de unii autori drept un *contract unilateral*, o ofertă pe care beneficiarul trebuie să o accepte, el neaprobând formal clauzele scrisorii de garanție, practica generalizând principiul acceptării tacite a acesteia, garantul neputând fi angajat prin simpla sa declarație unilaterală, știut fiind că actul juridic unilateral este contestat ca izvor al obligațiilor. Actul constitutiv al garanției este, în această opinie, un contract unilateral, pentru că numai garantul se obligă în favoarea creditorului, fără a primi o contraprestație de la acesta[17].

În literatura juridică bancară română, garanțiile personale – accesorii și autonome – sunt analizate drept „contracte de garanție": „Contract de cauțiune bancară"[18], „Contract de garanție bancară autonomă"[19], „Contracte de garanții bancare"[20], „Contracte de garantare a executării obligațiilor comerciale".

Toate acestea ne îndreptățesc să calificăm scrisoarea de garanție bancară ca act juridic bilateral, sub forma *contractului unilateral* – irevocabil, necondiționat și autonom – îndeplinind funcția de a garanta beneficiarului executarea, de către ordonatorul garanției, a obligațiilor sale decurgând dintr-un act juridic considerat, preexistent.

Scrisoarea de garanție bancară are ca părți garantul (o instituție de credit) și beneficiarul, chiar dacă pe acesta legea îl consideră „terț". Beneficiarul este, în fapt, o parte a scrisorii de garanție, chiar și numai din perspectiva aplicării teoriei recepției ofertei de a

---

16 Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 4e éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 446.

17 În acest sens, P.A. Gilliéron, *op. cit.*, pp. 55 și 56.

18 V. Babiuc, *Contractul de cauțiune bancară*, în Revista română de drept nr. 5/1985.

19 V. Babiuc, *Contractul de garanție bancară autonomă*, în Revista română de drept nr. 6/1985.

20 V. Pătulea, *Contractele de garanții bancare*, *op. cit.*; V. Găină, *Contractele de garanții bancare*, în Dreptul nr. 4/1994.

contracta. Scrisoarea de garanție nu produce efecte dacă aşa numitul terț nu îi acceptă conținutul.

### 6. Specificitate

Scrisoarea de garanție bancară se particularizează față de garanția accesorie cel puțin prin obiect, autonomie şi efecte, analizate în continuare.

*a) Obiectul scrisorii de garanție bancară.* În cazul scrisorii de garanție, instituția de credit îşi asumă o obligație proprie, diferită de obligația ordonatorului garanției. Este garantată realizarea unei anumite conduite de către ordonator, deci atingerea unui anumit rezultat, acesta putând viza o varietate de obligații juridice din raportul obligațional considerat, de aici şi obiectul său mai larg în raport cu fideiusiunea şi tendința de utilizare pe scară largă a acesteia; practic, este vizată acoperirea riscului unui „eventual comportament necorespunzător" al ordonatorului pe întreaga perioadă vizată de raportul preexistent. Aici, garantul nu se obligă să execute el însuşi obligația ordonatorului, ca în cazul garanției accesorii. Potrivit art. 2.321 alin. (1) C. civ., „garantul se obligă să plătească o sumă de bani unei terțe persoane, numită beneficiar", de a-l despăgubi pentru prejudiciul cauzat prin conduita neconformă a ordonatorului garanției[21], în limita angajamentului asumat prin scrisoarea de garanție. Garantul se angajează față de beneficiar, de o manieră independentă şi irevocabilă, să îi plătească o sumă de bani, cu titlu de despăgubire, deşi se face referire la un raport juridic obligațional considerat[22], preexistent, de aici şi caracterul indemnitar[23] al acestei garanții.

Prin obiect – garantarea realizării unei anumite conduite, atingerea unui anumit rezultat de către debitor (ordonator) şi

---

[21] De exemplu, autoritatea contractantă are dreptul de a reține garanția de participare, pentru ipoteza în care oferta ordonatorului fiind stabilită câştigătoare, acesta refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei [art. 43 lit. b) din H.G. nr. 71/2007, precitată].

[22] Nu există garanție fără o obligație prealabilă ce trebuie stabilită ca atare.

[23] M.-L. Belu Magdo, *Contractele comerciale tradiționale şi moderne*, Ed. Tribuna Economică, București, 1996, p. 267.

despăgubirea creditorului din raportul de bază, beneficiar al garanției, în cazul în care acestea nu sunt atinse, scrisoarea de garanție are o largă sferă de cuprindere, depășind domeniul fideiusiunii și fiind preferată acesteia, substituind-o treptat. Prin scrisoarea de garanție poate fi garantată executarea oricărei obligații asumate printr-un contract de bază, bănească sau nu. Prin obiect, anumite garanții nu pot fi decât autonome.

*b) Autonomia scrisorii de garanție bancară.* Spre deosebire de fideiusiune[24], de esența scrisorii de garanție este autonomia. O garanție este autonomă atunci când garantul „și-a asumat un angajament necondiționat de plată"[25], autonom și distinct față de obligația garantată, denumirea garanției interesând mai puțin[26], dacă această condiție este îndeplinită. Din punct de vedere juridic, scrisoarea de garanție este un act independent de actul juridic considerat dintre beneficiarul și ordonatorul acesteia, în mod frecvent un contract, fiind, însă, integrată unui grup de contracte legate din punct de vedere economic și constituind unul dintre elementele care le asigură acestora legătura[27], fără ca prin aceasta să devină accesorie.

Odată asumată, scrisoarea de garanție „creează propria sa lege între părți"[28], validitatea și existența sa examinându-se în mod de sine stătător și independent de raportul juridic obligațional considerat, în acest sens dispunând și actele normative evocate [art. 2.321 alin. (1)-(3) C. civ.; Publicația 458/1992, art. 2 lit. b); Convenția CNUDCI, art. 3].

---

[24] Pentru dezvoltări, a se vedea R. Postolache, *Încheierea și efectele juridice ale fideiusiunii în lumina noului Cod civil*, în Dreptul nr. 5/2011, pp. 39-57.

[25] I. Turcu, *Drept bancar*, vol. III, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 58.

[26] În legislația noastră, cât și în practica bancară, se folosește denumirea de *scrisoare de garanție*, fără nicio referire la natura acesteia – autonomă sau accesorie, aceasta desprinzându-se din conținutul garanției.

[27] I. Turcu, *op. cit.*, p. 76.

[28] Ph. Neau-Leduc, *op. cit.*, p. 263.

Având ca temei practica din domeniu, literatura de specialitate[29] a formulat unele criterii pentru determinarea naturii garanției – autonomă sau accesorie.

## 7. Efectele scrisorii de garanție bancară

Deşi independentă, în practică, realizarea scrisorii de garanție necesită referiri la toate raporturile juridice constitutive, participanților revenindu-le drepturi şi obligații diferite, în funcție de calitatea deținută: raportul obligațional considerat, dintre creditor (beneficiarul garanției) şi debitor (ordonatorul garanției), ce poate avea ca premisă orice act juridic[30], oricum ar fi interpretat şi calificat, esențială fiind preexistența sa angajamentului de garanție; raportul juridic dintre ordonatorul şi emitentul scrisorii de garanție – instituția de credit; raportul juridic de garanție, dintre emitentul[31] scrisorii de garanție şi beneficiarul acesteia. Numărul raporturilor juridice constitutive, implicit al participanților, poate fi mai mare, atunci când garanția este însoțită de o contra-garanție (garanție indirectă), nereglementată însă de Codul civil, sau de oricare alte garanții.

Analiza noastră vizează conținutul raportului juridic dintre garant şi beneficiarul scrisorii de garanție, în principal, dreptul beneficiarului de a solicita plata scrisorii de garanție, respectiv obligația emitentului de a plăti scrisoarea de garanție, în complexitatea lor.

---

[29] A se vedea, în acest sens, F. Logoz, *La protection de l'exportateur face de l'appel abusif à une garantie bancaire. Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, thèse de doctorat, Université Lausanne, 1991, pp. 61-67.

[30] Publicația 758/2010, în art. 2 („Definiții"), îl denumeşte *relație de bază*, cu sensul de „contractul, condițiile de licitație sau o altă relație între ordonator şi beneficiar pe care se bazează garanția", reglementarea învederându-se, astfel, mai completă.

[31] Legiuitorul a înlocuit, prin legea de modificare a noului Cod civil, termenul de garant cu cel de *emitent*, cuprinzându-i pe toți cei care participă, în calitate de garant, la raporturile juridice de garanție, inclusiv pe contragarant. Din perspectiva scrisorii de garanție, vom folosi, atribuindu-le un sens comun, termenii *emitent* şi *garant*.

*7.1. Dreptul beneficiarului de a solicita plata scrisorii de garanție bancară*

*a) Executarea garanției la prima și simpla cerere a beneficiarului*

Potrivit art. 2.321 alin. (2) C. civ., scrisoarea de garanție „se execută la prima și simpla cerere a beneficiarului, dacă prin textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel". Textul prevede, principial, executarea scrisorii de garanție „la prima și simpla cerere", relevând, totodată, posibilitatea opțiunii, prin actul de garanție, pentru oricare altă modalitate de executare, în practică fiind identificate: executarea la simpla cerere, executarea justificată, executarea documentară.

În tăcerea legii, „prima și simpla cerere" subînțelege dreptul beneficiarului de a solicita executarea scrisorii de garanție, direct, fără nicio formalitate, cu încadrarea în limitele și cerințele angajamentului asumat. Executarea la prima și simpla cerere nu necesită ataşarea de documente, fiind cea mai permisivă și mai utilizată modalitate de executare.

În practică, executarea la prima și simpla cerere este integrată, alături de executarea la simpla cerere, în aria executării la cerere, însă cu același înțeles, nici legea și nici literatura de specialitate nediferențiindu-se sub acest aspect. Opțiunea legiuitorului pentru formula „prima și simpla cerere" relevă aici intenția sa de a întări specificitatea acestui angajament juridic.

Realmente, potrivit Codului civil, avem o executare la cerere, elementele intrinseci executării fiind identificate, pentru fiecare caz în parte, în raportul juridic de garanție.

Beneficiarul trebuie să justifice condițiile cărora le este subordonată folosirea scrisorii de garanție[32]. Condițiile cererii de plată a scrisorii de garanție pot fi identificate expres doar în Publicația 758/2010 – Regulile uniforme privind garanțiile la cerere, art. 15-18 și în Convenția CNUDCI privind garanțiile independente și acreditivul *stand-by*, art. 15.

[32] Ph. Neau-Leduc, *op. cit.*, p. 265.

Frecvent, executarea este voluntară şi rapidă, potrivit clauzelor asumate, instituțiile de credit garante fiind, de regulă, solvabile. Beneficiarii pot solicita şi prorogarea scrisorii de garanție, prin intermediul unei singure informații comunicate garantului, legând-o sau nu de prelungirea raportul juridic considerat, denumită în literatura bancară alternativa „prelungeşte sau plăteşte". Reprezentând o modificare a actului de garanție şi pentru opozabilitate, prorogarea trebuie să fie acceptată şi de ordonatorul garanției.

„Amenințarea" cu folosirea garanției pentru ipoteza în care garantul nu consimte la prorogarea garanției nu constituie un motiv suficient pentru a-l determina pe acesta să consimtă, ea putând fi considerată drept o folosire abuzivă a garanției.

*b) Transmiterea scrisorii de garanție şi transmiterea dreptului de a solicita plata garanției*

Potrivit art. 2.321 alin. (5) C. civ., „în lipsa unei convenții contrare, scrisoarea de garanție este netransmisibilă odată cu transmiterea drepturilor şi/sau obligațiilor din raportul obligațional preexistent[33]. Prin urmare, regula o constituie netransferabilitatea, cu atât mai mult cu cât actul analizat este încheiat *intuitu personae*. În virtutea libertății contractuale caracterizând domeniul dreptului privat, scrisoarea de garanție este transferabilă, însă doar în măsura şi în modalitatea consimțite de părțile implicate („în lipsa unei convenții contrare").

Potrivit art. 2.321 alin. (6) C. civ., „beneficiarul poate transmite dreptul de a solicita plata în cadrul scrisorii de garanție, dacă în textul acesteia s-a prevăzut în mod expres", textul atribuind aici valențe sporite consimțământului părților. În acelaşi sens sunt şi dispozițiile Convenției CNUDCI, care au instituit

[33] Realizabilă, potrivit Codului civil, prin: cesiunea de creanță, art. 1.566-1.614, subrogație, art. 1.593-1.598, preluarea datoriei, art. 1.599-1.608. Potrivit art. 1.602 alin. (2) C. civ., „preluarea datoriei nu are niciun efect asupra garanțiilor creanței, afară de cazul când acestea nu pot fi despărțite de persoana debitorului". Or, calitățile debitorului – ordonatorul scrisorii de garanție, ca şi calitățile garantului, fac din scrisoarea de garanție un act juridic *intuitu personae*, intim legat de existența acestora.

posibilitatea transferului dreptului beneficiarului de a solicita plata, condiționat de autorizarea acestuia prin actul juridic de garanție, „în măsura şi în modul în care acesta este autorizat în angajament" (art. 9 par. 2), de respectarea condițiilor şi a formei prevăzute la art. 7 par. 2 din această reglementare, transferul fiind irevocabil.

Legea foloseşte noțiunea de transmitere, fără specificarea modalităților acesteia: cesiunea de creanță, subrogația şi preluarea datoriei. În tăcerea legii şi în virtutea particularităților scrisorii de garanție, includem aici numai cesiunea ca modalitate de transmitere a dreptului de a solicita plata garanției. Plata făcută cesionarului îl liberează pe garant de obligația care îi revine potrivit angajamentului, în limita efectuării ei. Chiar consimțită, transmiterea trebuie integrată şi cerințelor de prudență bancară, în special celor vizând expunerea şi calitatea de debitor, în accepțiunea legii bancare.

*c) Stingerea dreptului de a solicita plata garanției*

În virtutea autonomiei, cazurile de stingere a dreptului de a solicita plata garanției pot fi identificate doar în cadrul raportului juridic dintre emitent şi beneficiar, cu aplicabilitatea dispozițiilor comune ale Codului civil. În principal, avem: liberarea garantului de obligația sa, confuziunea, compensația, încetarea perioadei de valabilitate a angajamentului, imposibilitatea fortuită de executare, potrivit dreptului comun. Nu includem aici şi plata sumei menționate în actul de garanție, întrucât ea reprezintă şi este reglementată de Codul civil la executarea obligațiilor (titlul V „Executarea obligațiilor", capitolul I – „Plata", art. 1.469-1.515).

*d) Remiterea originalului scrisorii de garanție*

Garantul este liberat de obligația sa prin renunțarea beneficiarului la scrisoarea de garanție, aceasta având efectul remiterii de datorie, supusă dispozițiilor art. 1.629-1.631 C. civ.[34] Codul

[34] Potrivit Publicației CCIP 758/2010, art. 25 lit. b.iii), prezentarea către garant a eliberării de obligație în cadrul garanției semnate stinge garanția, indiferent dacă documentul reprezentând garanția este sau nu returnat. Convenția CNUDCI prevede

civil român elucidează un aspect controversat în practica scrisorilor de garanție, şi anume efectele remiterii originalului scrisorii de garanție. Dacă în textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel, aceasta produce efecte de la data emiterii ei şi îşi încetează de drept valabilitatea la data expirării termenului stipulat, indiferent de remiterea originalului scrisorii de garanție [art. 2.321 alin. (7)]. Drept urmare, păstrarea documentului garanției după executarea acesteia sau după expirarea valabilității sale nu conservă niciun drept al beneficiarului, legea neatribuindu-i efecte juridice, lăsând, însă, posibilitatea ca în textul scrisorii de garanție să se prevadă altfel („Dacă în textul scrisorii de garanție nu se prevede altfel...").

Uneori legea însăşi a reglementat remiterea/restituirea originalului scrisorii de garanție, neatribuindu-i, însă, efecte juridice; exemplificativ, avem în vedere dispozițiile art. 42 din H.G. nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, potrivit cărora „(1) Garanția de participare, constituită de ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare, se restituie de către autoritatea contractantă în cel mult 3 zile lucrătoare de la data semnării contractului. (2) Garanția de participare, constituită de ofertanții a căror ofertă nu a fost stabilită câştigătoare, se returnează de către autoritatea contractantă după semnarea contractului cu ofertantul a cărui ofertă a fost desemnată câştigătoare, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de valabilitate a ofertei". Dispozițiile menționate sunt superflue, dat fiind că restituirea vizează ipoteza unei conduite conforme a ordonatorului, nemaiexistând riscurile vizate de constituirea garanției.

---

liberarea garantului de obligație prin prezentarea unei declarații scrise a beneficiarului, în forma vizată de art. 7 par. 2 din acest act normativ.

În practică, scrisorile de garanție bancară conțin, frecvent, clauza de restituire a acesteia, fie la momentul plății, fie la scadența garanției, părțile neasociindu-i, însă, efecte specifice. În acest context, ca şi în ipoteza juridică susmenționată, o cerere de plată a scrisorii de garanție după restituirea acesteia este ineficientă, dovedindu-se, totodată, frauduloasă. În ambele situații, nerestituirea naşte, atât pentru garant, cât şi pentru ordonator, acțiunea în restituire, căreia îi pot ataşa daune-interese pentru prejudiciul cauzat.

Unele sisteme de drept atribuie efecte juridice restituirii scrisorii de garanție, obligația asumată de emitent stingându-se numai la acest moment, chiar dacă este pe durată determinată sau a rămas fără obiect. Interesul remiterii rezidă aici în încetarea obligației de plată a comisioanelor de către ordonator, condiționate fiind de durata scrisorii de garanție.

### *7.2. Obligația emitentului de a plăti scrisoarea de garanție bancară*

Prin scrisoarea de garanție, instituția de credit emitentă îşi asumă „angajamentul irevocabil şi necondiționat de a plăti o sumă de bani unei terțe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii acesteia". Garantul îşi asumă o obligație proprie şi independentă de obligațiile ordonatorului decurgând raportul juridic considerat, avute, însă, în vedere la asumarea angajamentului. Angajamentul asumat este distinct de cel al ordonatorului şi are ca obiect despăgubirea beneficiarului, pentru ipoteza nerealizării rezultatului avut în vedere la solicitarea şi asumarea scrisorii de garanție bancară.

Schematic, plata scrisorii de garanție bancară presupune:

*a) Verificarea îndeplinirii condițiilor de executare a scrisorii de garanție. Regularitatea aparentă a cererii de executare a garanției*

Garantul verifică conformitatea cererii de plată sau „regularitatea aparentă" a acesteia; el are obligația „de a exercita un control suficient asupra documentelor"[35], neputând, însă, judeca

[35] Ph. Neau-Leduc, *op. cit.*, p. 265.

caracterul întemeiat al cererii de solicitare a executării scrisorii de garanție, necunoscând toate detaliile din contractul de bază, în virtutea caracterului autonom al garanției. De altfel, în literatura de specialitate s-a statuat că garantul nu comite nicio greşeală dacă execută garanția fără a verifica fundamentarea conținutului documentelor care însoțesc cererea de executare a garanției[36], fiind liber să-şi asume obligația de verificare.

În principal, garantul verifică: modalitatea de executare a scrisorii de garanție, suma de plată, clauzele de reducere, încadrarea în termenul de valabilitate, documentele care trebuie să justifice plata scrisorii de garanție. Inevitabil, verificările conduc la obligațiile din raportul juridic considerat, fără anihilarea autonomiei raportului juridic de garanție, orice verificare şi executare fiind circumscrise limitelor garanției. Verificarea este necesară, indiferent de modalitatea executării scrisorii de garanție, la simpla cerere a beneficiarului, justificată ori documentară, pentru a putea accepta, a se abține ori refuza plata acesteia, după caz.

Garantul verifică, de asemenea, existența clauzei „prorogă sau plăteşte" şi îl înştiințează pe ordonator cu privire la plata solicitată, pentru prevenirea unei plăți injuste.

Instituția de credit are dreptul de a se abține sau de a refuza plata, atât în executarea instrucțiunilor ordonatorului, cât şi în baza actului juridic de garanție, comunicând decizia luată atât beneficiarului, cât şi ordonatorului.

*b) Plata propriu-zisă. Autonomia executării. Inopozabilitatea excepțiilor decurgând din raportul juridic considerat. Abuzul şi frauda evidentă*

*Autonomia executării.* După stabilirea regularității aparente, dacă nu este prevăzută o plată amânată, garantul datorează o executare sigură şi rapidă, fără nicio întârziere, indiferent de felul obligației garantate. Spre deosebire de executarea fideiusiunii, aici garantul va plăti de o manieră irevocabilă şi necondiționată.

---

[36] B. Mercadal (coord.), *Droit des affaires, Droit des affaires. Contrats et droits de l'entreprise*, Mémento pratique, 5e éd., Éd. Francis Lefebvre, 1997, n. 4993, p. 758.

Regimul juridic al executării garanției prin plată derivă, esențialmente, din independența[37] angajamentului asumat de garant, redată sintetic în Codul civil la art. 2.321 alin. (1) – „(...) în considerarea unui raport obligațional preexistent, dar independent de acesta (...)" și alin. (3) – „Emitentul nu poate opune beneficiarului excepțiile întemeiate pe raportul obligațional preexistent angajamentului asumat prin scrisoarea de garanție și nu poate fi ținut să plătească în caz de abuz sau de fraudă vădită".

*Inopozabilitatea excepțiilor decurgând din raportul juridic considerat.* Inopozabilitatea excepțiilor decurgând din raportul juridic considerat este reglementată expres, confirmând practica existentă în domeniu. În executarea garanției, garantul nu poate invoca excepții precum nulitatea contractului preexistent[38]; rezoluțiunea sau rezilierea actului juridic considerat, sub rezerva folosirii abuzive, chiar dacă au la bază culpa beneficiarului[39]; cauze grave de neexecutare sau de modificare a actului juridic considerat, sub rezerva folosirii abuzive sau frauduloase a garanției (de exemplu, excepția de neexecutare); orice procedură în curs asupra actului juridic considerat, aceasta fiind soluționată distinct, potrivit dreptului comun.

*Abuzul sau frauda vădită – limite ale executării scrisorii garanției prin plată.* Codul civil, în art. 2.321 alin. (3), instituie o excepție de la mecanismul plății la prima și simpla cerere, abuzul sau frauda vădită în solicitarea plății scrisorii de garanție, emitentul fiind eliberat de obligația sa de plată („nu poate fi ținut să plătească"), relevându-se aici, implicit, obligația sa de a refuza

---

[37] Potrivit Convenției CNUDCI, art. 3 lit. b), garanția nu poate fi supusă decât termenilor și condițiilor care figurează în angajament, și nu oricărui act sau fapt viitor și incert, cu excepția prezentării de documente sau a unui act sau fapt de aceeași natură, susceptibil de a fi constatat de garant/emitent în exercitarea activității sale.

[38] Plata efectuată de garant după pronunțarea nulității actului juridic considerat a fost apreciată ca fiind, însă, consecința folosirii abuzive a scrisorii de garanție, și nu a nulității contractului de bază. A se vedea, în acest sens: J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6e éd., Éd. Dalloz, Paris, 1995, p. 732; J.P. Mattout, *op. cit.*, p. 278 și soluțiile din jurisprudență citate aici.

[39] Ele pot incita la folosirea garanției, cu atât mai mult cu cât sunt cauzate de conduita ordonatorului.

plata în cadrul scrisorii de garanție. Dispozițiile art. 2.321 alin. (3) C. civ. instituie un echilibru al executării „la prima şi simpla cerere", protejându-l pe garant: neputând opune, dată fiind autonomia, excepțiile întemeiate pe raportul obligațional preexistent angajamentului asumat prin scrisoarea de garanție, acesta nu poate fi, însă, ținut să plătească în caz de abuz sau de fraudă vădită.

Deşi au un efect juridic asemănător, eliberarea garantului de obligația sa, abuzul şi frauda sunt situații distincte, diferențierea lor fiind, însă, doar produsul literaturii de specialitate[40] şi al jurisprudenței. Frauda se deosebeşte de abuz prin intenția de vătămare, în timp ce abuzul rezultă din folosirea mecanismului la prima cerere, fără justificarea cauzei cererii de plată[41].

Fraudă sau folosire abuzivă sunt stări de fapt, invocate de garant şi apreciate de instanțele judecătoreşti. Având drept efect limitarea autonomiei scrisorii de garanție şi constituind un obstacol în executarea acesteia, acestea trebuie să fie bine caracterizate sau „vădite" şi probate. Dispozițiile alocate fraudei şi abuzului sunt, însă, extrem de sumare, putând constitui sursa unor conflicte în executarea raportului juridic de garanție.

Sintetizând, deşi independentă juridic, obligația de plată a scrisorii de garanție rămâne, totuşi, „subsidiară", executarea acesteia fiind solicitată numai dacă raportul juridic obligațional considerat intră în „criză", altfel solicitarea beneficiarului învederându-se abuzivă sau frauduloasă. Executarea nu poate rămâne în afara bunei-credințe a părților.

*c) Regresul garantului împotriva ordonatorului scrisorii de garanție*

Potrivit art. 2.321 alin. (4) C. civ., „emitentul care a efectuat plata are drept de regres împotriva ordonatorului scrisorii de

---

[40] Cu privire la situațiile de folosire frauduloasă a scrisorii de garanție, a se vedea B. Mercadal, *op. cit.*, p. 760.

[41] J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 289. Abuzul este considerat o cauză justificativă complementară a refuzului de plată de către garant sau contragarant.

garanție". Dacă ordonatorul nu face o restituire voluntară a sumei plătite de garant, garantul devine titularul unei acțiuni personale, recursorii, şi nu subrogatorii, în drepturile creditorului plătit, întrucât el execută o obligație proprie, autonomă, asumându-şi un risc personal, nefăcând o plată pentru altul. Acțiunea garantului rămâne fondată chiar şi atunci când, după plata garanției, se stabileşte că folosirea acesteia de către beneficiar nu a fost justificată[42], dacă, desigur, nu a fost cazul unui abuz ori al unei fraude evidente, ce ar fi trebuit constatate de către garant.

În practică, garanții instituții de credit, în mod obişnuit, sunt autorizați să debiteze din oficiu contul ordonatorului cu suma plătită beneficiarului garanției, ei fiind angajați, frecvent, față de clienții cu o situație financiară bună. Se consideră că, în lipsa autorizării, garantul este îndreptățit să opereze această înscriere a debitului în virtutea principiului „afectării generalității creanțelor din cont". Acceptând să emită o garanție, banca consimte un credit prin semnătură clientului său ordonator; atunci când creditul astfel consimțit îl obligă pe bancher să plătească, acesta poate solicita şi obține rambursarea de la clientul său, înscriind creanța sa în debitul contului[43]. Dacă a plătit împotriva avizului dat de ordonator, garantul a preluat riscul unui recurs ulterior al acestuia, după ce i-a debitat contul cu suma plătită beneficiarului.

De asemenea, dată fiind calitatea scrisorii de garanție de „credit prin semnătură", suma datorată de ordonator urmează regimul juridic al creditului bancar, problema executării silite asupra acesteia punându-se doar în cazul unui refuz de restituire. Instituțiile de credit preferă ca, la data emiterii scrisorii de garanție, însă separat de aceasta, să încheie o convenție cu clientul garantat, prin care se consimte transformarea sumei pe care acesta i-o datorează ca urmare a plății scrisorii de garanție în credit propriu-zis, urmând regimul juridic al acestuia; operațiunea ca atare este susceptibilă de calificare drept novație, o novație obiectivă, *animus novandi* rezultând din această convenție.

---

[42] B. Mercadal, *op. cit.*, n. 4998, p. 762, note.

[43] J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 735.

Garantul poate fi şi titularul unei acțiuni contra beneficiarului, întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză, condiționată, însă, de folosirea abuzivă sau frauduloasă a garanției, fără ca aceasta să-i fie vădită, în caz contrar garantul având posibilitatea de a se opune plății garanției.

## 8. Garanții bancare uzuale

Învederăm aspectele sintetic prezentate drept elemente comune ale scrisorii de garanție bancară, act juridic integrat scrisorii de garanție reglementată de Codul civil, specie a garanției autonome, alături de scrisoarea de confort, supuse dispozițiilor art. 2.321, respectiv art. 2.322 C. civ.

În timp ce genul se bucură acum de o reglementare expresă şi unitară, varietățile sunt, de regulă, rodul cutumelor bancare. Identificăm în sistemul juridic românesc unele acte normative care obligă la aducerea unei scrisori de garanție bancară, pentru situațiile juridice expres reglementate, alocându-le dispoziții rezumative, aspectele de fond şi de formă fiind lăsate pe seama dreptului comun.

Garanțiile bancare pot însoți orice obligație juridică decurgând dintr-un raport preexistent, participanții acestuia având dreptul să hotărască atât aducerea scrisorii de garanție, cât şi natura acestui act juridic, frecvent autonom; poate fi un raport de drept privat, în special de comerț, mai ales internațional; în alte situații, aducerea lor este impusă chiar de legiuitor, însoțind raporturile de drept public (de regulă, administrativ, financiar, fiscal, vamal), asigurând executarea unor obligații financiare ale participanților ori exploatarea conformă a fondurilor publice, după caz.

În practică, în raport cu obligația a cărei îndeplinire o garantează (conduită, rezultat vizat), scrisoarea de garanție bancară cunoaşte multiple varietăți, cu funcții şi denumiri diferite[44]. Frecvent, sunt solicitate instituțiilor de credit, în calitate de garanți: garanția de participare (la licitație şi de încheiere a contractului), garanția de restituire a avansului, garanția de bună execuție, garanția

[44] G. Decocq, Y. Gerard, J. Morel-Maroger, *Droit bancaire*, Éd. RB, Paris, 2010, p. 204.

pentru plata prețului, garanția pentru conosament, garanția vamală, garanția pentru acordarea facilităților fiscale, garanția pentru plata taxei pe valoarea adăugată, garanția de reținere a garanției, garanția de ridicare a sechestrului, garanția de întreținere[45]. Granița dintre ele nu este rigidă, ci glisează, după cum una şi aceeaşi scrisoare de garanție poate îngloba mai multe tipuri de garanții, în funcție de riscurile vizate spre a fi evitate.

Dintre acestea, cunoaşte o caracterizare juridică, însă nu completă, garanția de participare, reglementată în cadrul „Regulilor de participare la procedura de atribuire", art. 431 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii şi dezvoltată la cap. VI „Garanția de participare", art. 41 şi 42 din H.G. nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în O.U.G. nr. 34/2006. Legiuitorul agreează, în aria garanției de participare, scrisoarea de garanție bancară[46], stabilind, totodată: riscurile asigurate, generate de conduita neconformă a ofertantului (retragerea ofertei în perioada de valabilitate a acesteia; refuzul de a semna contractul în perioada de valabilitate a ofertei); limite ale valorii acesteia (nu poate depăşi 2% din valoarea estimată a contractului); regimul juridic al executării acesteia („autoritatea contractantă are dreptul de a reține garanția de participare, ofertantul pierzând astfel suma constituită") şi al restituirii înscrisului original constatator al

[45] În raport cu obligația a cărei îndeplinire o garantează, garanțiile bancare au fost astfel structurate: garanția de bună executare, garanția pentru plata prețului, garanția pentru creditul comercial, garanția de restituire a avansului plătit, alte garanții, fiecare grupare cunoscând, la rându-i, varietăți, în raport cu tipul obligației avute în vedere. A se vedea, în acest sens: R. Postolache, *Garanțiile bancare în comerțul internațional*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2005, pp. 182-208. Cu privire la „tipurile de garanții utilizate de băncile române", a se vedea Z. Nedelea, *Garanția bancară la cerere*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, pp. 242-274.

[46] Potrivit art. 42 alin. (1) din H.G. nr. 71/2007, „garanția de participare se constituie prin scrisoare de garanție bancară...".

acesteia. Celelalte aspecte, de fond, rămân pe seama reglementărilor incidente menționate la începutul acestei lucrări, speciale şi/sau comune, după caz.

## 9. Concluzii

a) În România, scrisoarea de garanție, act juridic autonom, este reglementată pentru prima dată de actualul Cod civil. Dispozițiile acestuia, supletive, esențializate şi simple, relevante sub aspectul asumării şi modalității sale de executare, nu acoperă, însă, problematica acestui instrument juridic, supus, în completare, dreptului comun al obligațiilor.

Garanție autonomă, scrisoarea de garanție bancară comportă influențele normelor prudențiale edictate de către autoritatea națională din domeniu, Banca Națională a României, şi de fiecare instituție de credit, potrivit legii bancare; respectând normele prudențiale, părțile pot supune acest act juridic oricărei alte reglementări, în special Publicației 758/2010 a Camerei de Comerț Internațional de la Paris.

b) Scrisoarea de garanție bancară este un act juridic special, un contract unilateral, irevocabil, necondiționat şi autonom, în practică putând îmbrățişa o diversitate de forme.

c) Autonomia executării sau mecanismul „la prima şi simpla cerere", instituit principial, lasă părților posibilitatea de a stabili modalitatea de executare a scrisorii de garanție (la cerere, la prima cerere, la prima şi simpla cerere) sporind, astfel, interesul pentru practicarea acesteia, în special, în afacerile interne şi internaționale, fiind preferată fideiusiunii.

d) Corelativ cu facilitatea executării scrisorii de garanție, legea îl protejează pe garant; neputând invoca excepțiile din raportul juridic obligațional considerat, acesta poate refuza plata în cazul folosirii abuzive sau frauduloase a scrisorii de garanție („garantul nu este ținut la plată"), autonomia instrumentului nefiind absolută.

Deşi temerară, reglementarea abuzului sau fraudei evidente, prin caracterul sumar al dispozițiilor alocate, poate constitui, în viitor, sursa unor conflicte şi o permanentă dilemă pentru instanțele

judecătoreşti. În acest context, considerăm că nu este lipsită de interes practic şi că se impune *de lege ferenda* reglementarea dreptului la opoziție al ordonatorului, în cazul solicitării abuzive sau frauduloase a plății scrisorii de garanție, chiar mai înainte de refuzul plății de către garant, în spiritul practicii şi jurisprudenței din domeniu.

e) În tăcerea legii, dispozițiile alocate acestui instrument juridic subînțeleg buna-credință a beneficiarului şi a garantului în emiterea şi executarea acestuia.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# ROLUL BĂNCII NAȚIONALE A ROMÂNIEI ÎN SFERA CONTRACTELOR DE ECONOMISIRE-CREDITARE*

*Lect. univ. dr. Lavinia Elena SMARANDACHE*
*Universitatea din Craiova*
*Facultatea de Drept şi Ştiinţe Administrative*

***Abstract:*** *An analysis of the regulatory framework governing the saving-crediting contract points out certain exclusive elements, as compared to other banking contracts. One of them refers to the very role of the National Bank of Romania, the exercise of each component of the power to regulate, authorize and prudentially supervise the crediting institutions being intensified in the case of the saving and crediting-centred banks in the tenancy field, which are competent to conclude such contracts with their clients. In its turn, the saving-crediting contract allows the identification of the general characteristics of banking contracts together with the particular ones. Last but not least, the special status of general conditions, as recognized by the legislature, as well as the new regulation in the present Civil Code, of certain legal institutions, generate comments regarding the intervention of the central bank within the scope of saving-crediting contracts.*

***Keywords:*** *saving-crediting contract; National Bank of Romania; general conditions; new Civil Code; saving and crediting-centred banks in the tenancy field*

***Rezumat:*** *O analiză a cadrului de reglementare a contractului de economisire-creditare identifică anumite elemente de specificitate în comparaţie cu alte contracte bancare. Unul dintre acestea priveşte rolul Băncii Naţionale a României, exercitarea fiecărei componente a puterii de reglementare, autorizare şi supraveghere prudenţială a instituţiilor de credit fiind accentuată în cazul băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ, care au dreptul de a încheia asemenea contracte cu clienţii lor. La rândul său, contractul de economisire-creditare permite identificarea*

* Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanţat din Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

*caracterelor generale ale contractelor bancare, împreună cu anumite trăsături specifice. În fine, statutul special al condițiilor generale, așa cum este recunoscut în legislație, ca și reglementarea în actualul Cod civil a anumitor instituții juridice, generează comentarii privind intervenția băncii centrale în domeniul contractelor de economisire-creditare.*

***Termeni-cheie:*** *contract de economisire-creditare; Banca Națională a României; condiții generale; noul Cod civil; bănci de economisire și creditare în domeniul locativ*

## I. Exclusivități conexate contractului de economisire-creditare

Contractul de economisire-creditare deține o poziție aparte în cadrul contractelor bancare, regimul său juridic evidențiind numeroase și consistente particularități. Această realitate este confirmată de analiza legislației bancare, legiuitorul național acordând o atenție justificată acestui tip de contract. În plus, diferit de orice alt contract bancar, contractul de economisire-creditare permite identificarea a cel puțin următoarelor exclusivități.

Prima exclusivitate pe care o reținem în materia contractului de economisire-creditare se referă la faptul că acesta *este singurul contract bancar al cărui regim juridic este reglementat de O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului*[1] (art. 290 și urm.). Ca lege-cadru a instituțiilor de credit, persoane juridice române, O.U.G. nr. 99/2006 a consacrat prin norme imperative, cu caracter limitativ și condiționat, activitățile care pot fi exercitate de aceste subiecte de drept[2]. Relevanța normării contractului de economisire-creditare, asigurată de actul normativ menționat, este pusă în evidență doar prin comparație cu tratamentul aplicat tuturor celorlalte activități permise instituțiilor de credit care sunt doar nominalizate, regimul lor juridic fiind trasat de numeroase alte acte normative.

[1] Publicată în M. Of. nr. 1.027 din 27 decembrie 2006, cu modificările și completările ulterioare.

[2] Pentru o analiză detaliată, a se vedea L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 86-108.

În viziunea legiuitorului, contractul de economisire-creditare (denumit contract de economisire şi creditare în sistem colectiv pentru domeniul locativ) materializează angajamentul părților în baza căruia clientul se obligă să economisească o sumă reprezentând suma minimă de economisire, iar banca de economisire şi creditare în domeniul locativ se obligă, dacă toate condițiile de repartizare a creditului sunt îndeplinite, să acorde un credit cu dobândă fixă destinat unor activități în domeniul locativ, care reprezintă diferența dintre suma totală contractată şi suma economisită incluzând dobânzile şi primele acordate clientului[3].

Cea de a doua exclusivitate avută în vedere se referă la faptul că acest contract de economisire-creditare *reprezintă elementul central în raport de care este definită una dintre categoriile de instituții de credit, persoane juridice române, respectiv cea a băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ.* Modelul definiției alocată însăşi instituției de credit, persoană juridică română, respectiv definirea subiectului de drept prin intermediul obiectului de activitate[4], este menținut şi la nivelul particular al majorității tipurilor de instituții de credit, specificul acestora, dat de specializarea propriului obiect de activitate, fiind exclusiv sau dominant în definițiile ce le sunt consacrate. În cazul băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ, definiția acestora este centrată exclusiv pe obiectul lor principal de activitate. Potrivit art. 288 din O.U.G. nr. 99/2006, băncile de economisire şi creditare în domeniul locativ sunt instituții de credit specializate în finanțarea pe termen lung a domeniului locativ, al căror obiect principal de activitate constă în economisirea şi creditarea în sistem colectiv pentru domeniul locativ. În cadrul activităților derulate de aceste instituții de credit, contractele de economisire-creditare sunt cele care stau la baza activității de economisire şi cele care preced şi condiționează, ca regulă, activitatea de creditare în domeniul locativ.

---

3 Art. 290 lit. c) din O.U.G. nr. 99/2006.

4 Prin *instituție de credit* se înțelege acea „entitate a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public şi în acordarea de credite în cont propriu" [art. 7 alin. (1) pct. 10 din O.U.G. nr. 99/2006].

Cea de a treia exclusivitate este expresia interdependenței dintre contractul bancar analizat şi categoria instituțiilor de credit al căror obiect principal de activitate îl constituie, respectiv contractul de economisire-creditare *nu poate fi încheiat decât de băncile de economisire şi creditare în domeniul locativ*. În cadrul activităților permise băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ[5], rolul central revine activității de finanțare derulate în baza contractului de economisire-creditare. La rândul său, finanțarea obținută de clienți poate să fie: a) o finanțare constând într-un credit cu dobândă fixă acordat clientului în condițiile prevăzute în contractul de economisire-creditare, deoarece sunt îndeplinite toate aceste condiții; b) o finanțare anticipată, constând într-un credit cu dobânda pieței acordat clientului care nu a acumulat încă suma minimă de economisire stabilită de banca de economisire şi creditare în domeniul locativ prin contractul de economisire-creditare şi în cazul căruia se achită doar dobânda; c) o finanțare intermediară, constând într-un credit cu dobânda pieței, acordat clientului care a acumulat suma minimă de economisire stabilită prin contractul de economisire-creditare, dar nu îndeplineşte celelalte condiții prevăzute în contractul de economisire-creditare şi în cazul căruia se achită doar dobânda. Ultimele două tipuri de finanțare se vor transforma în credite cu dobândă fixă în momentul îndeplinirii tuturor condițiilor prevăzute în contractul de economisire-creditare.

Cea de a patra exclusivitate vizează destinația finanțării obținută de clienți, respectiv *alocarea creditelor precedate de încheierea contractului de economisire-creditare şi determinate de acesta doar pentru activități din domeniului locativ, expres şi limitativ prevăzute de legiuitor*. Conform dispozițiilor din O.U.G. nr. 99/2006 [art. 290 lit. a)] activitățile în domeniul locativ reprezintă: 1. construirea, cumpărarea, reabilitarea, modernizarea, consolidarea sau extinderea imobilelor cu destinație preponderent locativă; 2. cumpărarea, reabilitarea, modernizarea, consolidarea sau extinderea altor imobile decât cele cu destinație preponderent

[5] Art. 292 din O.U.G. nr. 99/2006.

locativă, cu condiția să fie folosite ca spații locative; 3. cumpărarea de terenuri intravilane sau dobândirea drepturilor de concesiune pentru construirea de imobile cu destinație preponderent locativă; 4. cumpărarea de terenuri intravilane sau dobândirea drepturilor de concesiune în scopul construirii altor imobile decât cele cu destinație preponderent locativă, în limita cotei deținute de spațiile locative din totalul construcției poziționate pe teren; 5. viabilizarea unor terenuri trecute în intravilan în scopul promovării construcției cartierelor de locuințe; 6. preluarea unor creanțe legate de realizarea activităților prevăzute la pct. 1-5; 7. construirea de spații comerciale, industriale şi social-culturale, dacă acestea sunt legate de construcția de locuințe sau dacă ele contribuie, prin amplasarea lor în zonele de locuit, la aprovizionarea acestora sau la satisfacerea nevoilor de ordin social-cultural; 8. lucrări în domeniul locativ angajate de chiriaş în scopul modernizării locuinței.

Cea de a cincea exclusivitate se concretizează în *rolul accentuat al Băncii Naționale a României în sfera contractelor de economisire-creditare*. Ca regulă, în materia contractelor bancare pe care orice instituție de credit le încheie cu clientela, în exercitarea activităților pentru care au fost autorizate, intervenția băncii centrale este limitată, fiind doar un rezultat al exercitării, în special, a atribuției privind reglementarea, autorizarea şi supravegherea prudențială a instituțiilor de credit[6]. În schimb, prin voința legiuitorului, exercitarea de către Banca Națională a României a atribuției menționate în sfera băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ implică un plus de intervenție ce vizează înseşi contractele de economisire-creditare.

---

[6] Referitor la această atribuție, în doctrină a fost exprimată opinia potrivit căreia, deşi există o legătură intrinsecă între cele trei componente ale sale (reglementarea, autorizarea şi supravegherea prudențială), componenta reglementare are un rol primordial şi conlucrează cu celelalte componente oferindule temei pentru realizarea scopului lor în cele mai bune condiții. În acest sens, a se vedea I. Silberstein, *Componenta reglementării în cadrul supravegherii prudențiale instituțiilor de credit*, în *Criza financiară în lume. Reglementarea şi supravegherea instituțiilor de credit*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2009, p. 115.

Menținându-ne pe linia particularităților şi raportat numai la prevederile O.U.G. nr. 99/2006[7], componenta atribuției băncii centrale de a asigura reglementarea băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ se materializează inclusiv în stabilirea prin reglementări a condițiilor specifice de autorizare, care vizează predominant contractul de economisire-creditare, şi în emiterea de reglementări în privința aspectelor nominalizate de legiuitor, care vizează, în general, asigurarea condițiilor de executare în mod corespunzător a obligațiilor decurgând din contractele de economisire-creditare. La rândul său, componenta de a asigura autorizarea băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ se concretizează şi în competența băncii centrale de a respinge cererea de autorizare, respectiv de a retrage autorizația acordată, şi în cazul în care nu se respectă condițiile legale privind contractele de economisire-creditare (respectiv cele în materia Condițiilor generale de afaceri şi/sau Condițiilor generale ale contractelor de economisire-creditare). Nu în ultimul rând, componenta atribuției Băncii Naționale a României de a asigura supravegherea prudențială a băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ îmbracă şi următoarele forme: 1. aprobarea prealabilă a oricăror modificări sau completări aduse Condițiilor generale de afaceri şi Condițiilor generale ale contractelor de economisire-creditare, precum şi solicitarea adresată acestor tipuri de instituții de credit de a le modifica în cazurile prevăzute de lege; 2. aprobarea prealabilă dată băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ atunci când acestea doresc să ofere noi tipuri de contracte; 3. exceptarea băncii de economisire şi creditare în domeniul locativ de la a forma mase de repartizare separate; 4. luarea de măsuri ca activitatea de economisire şi creditare în sistem colectiv pentru domeniul locativ să se desfăşoare în conformitate cu Condițiile generale de afaceri şi cu Condițiile generale ale contractelor de economisire-creditare, precum şi cu celelalte condiții prevăzute de lege; 5. interzicerea, pe o perioadă limitată, de a mai încheia noi contracte de economisire-

[7] Art. 294-296, art. 301, 302, 304 şi 309.

creditare; 6. inițierea procedurii de derulare simplificată a contractelor de economisire-creditare.

## II. Impactul general al Codului civil asupra contractului de economisire-creditare

Sub aspect legislativ, intrarea în vigoare a actualului Cod civil nu a schimbat dominația legislației speciale în domeniul bancar, aceasta din urmă conservându-şi caracteristicile de hiper-reglementat şi de prezență consistentă a dispozițiilor imperative. Drept urmare, atât instituțiile de credit, ca subiecte de drept specifice, cât şi activitățile permise acestora, încă beneficiază şi de regimul juridic prestabilit de legile speciale anterioare Codului civil, majoritatea rămase în vigoare, însă respectând legătura juridică cu dreptul civil ca drept comun. Raportat la dispozițiile Codului civil care se aplică şi în sfera bancară, reținem reconsiderarea unor instituții juridice (de exemplu obligațiile) şi reglementarea, ca noutate, a altora (de exemplu: profesionistul, întreprinderea sau contractele bancare).

La nivel general, în considerarea cadrului normativ asigurat de Codul civil, instituțiile de credit, persoane juridice române, sunt o categorie a profesioniştilor de tipul comerciantului, exploatând întreprinderi cu scop lucrativ. În această calitate, de profesioniști, le este aplicabil noul regim juridic al obligațiilor, consacrat de Codul civil (art. 1.164-2.499), cu particularitățile impuse obligațiilor asumate în cadrul exercitării activității întreprinderii (precum prezumția de solidaritate a codebitorilor, punerea de drept în întârziere, determinarea prețului)[8].

Codul civil nu a ignorat nici sursa obligațiilor contractuale, respectiv contractele bancare în cazul instituțiilor de credit, însă, reglementarea asigurată acestora, în premieră într-o codificare a dreptului privat român, este susceptibilă de numeroase şi

[8] Pentru o tratare a regulilor care se aplică în prezent contractelor privind activitatea comercială (în care se încadrează şi activitatea instituțiilor de credit, persoane juridice române), a se vedea St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial*, Ed. Universul Juridic, 2012, București, pp. 420-450.

consistente critici[9]. Rolul de a trata contractele bancare revine, în principal, capitolului XV, intitulat „Contul bancar curent şi alte contracte" (art. 2.184-2.198), însă prevederile sale sunt dominate de neajunsuri, dintre care amintim de preferința surprinzătoare a legiuitorului doar pentru anumite contracte bancare (respectiv numai pentru următoarele patru tipuri: contractul de cont curent bancar, depozitul bancar, facilitatea de credit şi închirierea casetelor de valori) şi eşecul în trasarea unui regim juridic clar şi suficient chiar pentru aceste contracte. În consecință, privitor la cele două operațiuni ce definesc activitatea bancară (adică atragerea de depozite şi alte fonduri rambursabile de la public şi acordarea de credite în cont propriu), dispozițiile Codului civil în materia contractelor bancare realizează un dezechilibru prin tratarea doar a depozitului bancar, în materia contractului de credit bancar preferând o specie a acestuia, şi anume facilitatea de credit. În schimb, legiuitorul a decis să facă o trimitere indirectă la prevederile legale privind instituțiile de credit în contextul reglementării împrumutului de consumație (art. 2.158). Drept urmare, contractul de credit bancar, ca gen, continuă să rămână în categoria contractelor nereglementate de Codul civil, ca de altfel şi numeroase alte specii importante ale acestui tip de contract bancar.

Nu în ultimul rând, raportat tot la activitățile permise instituțiilor de credit de O.U.G. nr. 99/2006 (art. 18, 20 şi 21), şi alte dispoziții ale Codului civil au devenit, odată cu intrarea sa în vigoare, drept comun pentru unele instituții juridice din sfera dreptului bancar. Cu titlu exemplificativ, amintim: fiducia (art. 773-791), contractul de adeziune (art. 1.175), contractul încheiat cu consumatorii (art. 1.177), cauzele externe, standard şi neuzuale (art. 1.201-1.203), prescripția extinctivă (art. 2.515), plata prin virament bancar (art. 1.497, art. 1.504), asigurările de credite şi garanții şi asigurările de pierderi financiare (art. 2.221 şi 2.222), scrisoarea de garanție şi scrisoarea de confort (art. 2.321 şi 2.322), ipoteca asupra

[9] Pe această temă, a se vedea L. Bercea, *Câteva observații privind contractele bancare în noul Cod civil român*, în *Criza financiară în lume. Reglementarea şi supravegherea instituțiilor de credit*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010, pp. 155-163.

conturilor şi ipoteca asupra instrumentelor financiare (art. 2.331, 2.390, 2.426 ori 2.466), titlurile de credit (art. 2.647-2.658) sau regula impreviziunii (art. 1.271).

Revenind la contractul de economisire-creditare, reținem faptul că acesta nu a fost vizat nominal de Codul civil, prevederile sale constituind doar cadru normativ general de raportare (ca drept comun al dreptului bancar), regimul juridic trasat de O.U.G. nr. 99/2006 rămânând sursă prioritară. În consecință, contracte de economisire-creditare încheiate de băncile de economisire şi creditare în domeniul locativ în derularea activităților pentru care au fost autorizate continuă să fie guvernate de legislația specială, Codul civil aplicându-se ca drept comun. Mențiunile generale, mai sus realizate, îşi păstrează validitate şi în cazul acestui tip de contract bancar, bineînțeles ținând cont de specificul său. Drept urmare, impactul Codului civil asupra contractului de economisire-creditare este predominant subsidiar.

## III. Condițiile generale de afaceri şi condițiile generale ale contractului de economisire-creditare

O caracteristică a băncilor, ca prototip al instituțiilor de credit, este posibilitatea acestora de a elabora şi de a pune la dispoziția clienților, într-un mod care să le asigure un acces rezonabil, condițiile generale de bancă şi/sau a condițiilor generale de contractare[10]. De regulă, aşa cum s-a reținut în literatura de specialitate[11], acestea sunt redactate unilateral şi discreționar de bancă, preced operațiunile bancare cărora urmează să li se aplice şi prezintă un caracter exhaustiv. Ele devin documente

---

[10] Pentru definirea condițiilor generale ca „act unilateral prin care, înainte ca un contract propriu-zis să fie încheiat sau negociat, un contractant încearcă să raționalizeze oferta pe care o face unui număr mare de contractanți, în vederea concretizării ei, şi care este susceptibilă de modificare cu prilejul negocierii sau încheierii unor contracte propriu-zise", a se vedea D. Manguy, *Conditions générales de vente et contrats-types*, în JC, Contrats-distriution, fasc. 60, p. 2, *apud* Ş. Diaconescu, *Contractul-cadru de distribuție comercială*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 30.

[11] În acest sens, a se vedea R.I. Motica, L. Bercea, *Condițiile generale de bancă – document contractual?*, în *Probleme actuale în dreptul bancar*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2008, pp. 885-901.

contractuale prin acceptarea lor de către client realizată fie prin semnarea contractului, ce conține o clauză de referire la condițiile generale elaborate de banca cu care contractează, fie prin semnarea unui document anterior sau concomitent unui astfel de contract. Aşadar, clienții vor fi ținuți nu doar de conținutul contractele încheiate cu banca, ci şi de cel al acestor documente contractuale la care se face trimitere expresă.

Diferit de situația expusă, ce constituie regula pentru instituțiile de credit, persoane juridice române, în cazul băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ libertatea de a opta pentru redactarea unor astfel de documente contractuale şi de a stabili discreționar conținutului acestora este atenuată de existența unor norme imperative. Concret, potrivit dispozițiilor O.U.G. nr. 99/2006 (art. 298 şi urm.), băncile de economisire şi creditare în domeniul locativ sunt titularele obligației de a elabora reglementări proprii privind condiții generale de afaceri şi condițiile generale ale contractelor de economisire-creditare, care stau la baza tipurilor de contracte oferite. În procesul de formulare a celor două categorii de condițiilor generale, aceste instituțiile de credit sunt ținute să respecte un conținut minimal reglementat sub forma unor clauze obligatorii. În plus, legiuitorul a stabilit expres că sunt parte din contractele de economisire-creditare înseşi Condițiilor generale ale contractelor de economisire-creditare[12]. În acest context, accentuarea rolului Băncii Naționale a României în sfera celor două tipuri de condiții generale nu putea să fie decât necesară şi justificată.

Sub aspectul conținutului, potrivit art. 299 din O.U.G. nr. 99/2006, condițiile generale de afaceri trebuie să cuprindă, fără a fi limitative, următoarele: a) calcule privind derularea contractelor de economisire-creditare, cu specificarea raportului individual dintre client şi banca de economii pentru domeniul locativ şi a timpului de aşteptare minim, mediu şi maxim; b) procedura de repartizare a contractelor de economisire-creditare, cu indicarea

[12] Art. 36 alin. (1) din Regulamentul BNR nr. 11/2007 privind autorizarea instituțiilor de credit, persoane juridice române, şi a sucursalelor din România ale instituțiilor de credit din state terțe.

componenței masei de repartizare, a termenelor de repartizare, a modului de evaluare a îndeplinirii condițiilor de repartizare, precum şi stabilirea ordinii de repartizare; c) procedura privind calculul resurselor din masa de repartizare, care, temporar, nu pot fi repartizate, al veniturilor suplimentare din plasamentul acestor resurse, precum şi indicarea modului de utilizare a fondului special; d) modul de calcul al valorii garanției; e) procedura de restituire a sumelor economisite în cazul rezilierii contractelor de economisire-creditare; f) o procedură de derulare simplificată a contractelor de economisire-creditare, în interesul clienților, în cazul retragerii autorizației sau al începerii procedurii falimentului; g) finanțarea investițiilor de viabilizare a unor terenuri trecute în intravilan în scopul promovării construcției cartierelor de locuințe; h) finanțarea construirii de spații comerciale, industriale şi social-culturale.

La rândul lor, conform art. 300 din O.U.G. nr. 99/2006, condițiile generale ale contractelor de economisire-creditare trebuie să cuprindă următoarele prevederi: a) valoarea şi scadența aporturilor clientului şi ale băncii de economisire şi creditare în domeniul locativ, precum şi consecințele în cazul întârzierii prestațiilor; b) rata dobânzii practicate la depozite şi la creditele acordate; c) valoarea comisioanelor şi a altor cheltuieli care sunt în sarcina clientului; d) modul de evaluare a îndeplinirii condițiilor de repartizare, stabilirea ordinii de repartizare şi condițiile care trebuie îndeplinite pentru plata sumei contractate; e) modalitățile de garantare şi condițiile de rambursare a creditelor, precum şi de asigurare împotriva riscului de nerambursare; f) condițiile în care un contract de economisire-creditare poate fi divizat sau conexat cu alt contract de economisire-creditare; g) condițiile în care se majorează sau se reduce suma contractată; h) condițiile în care pot fi cesionate drepturi derivând din contractul de economisire-creditare; i) condițiile în care un contract de economisire-creditare poate fi reziliat şi consecințele ce rezultă din rezilierea lui sau din procedura de derulare simplificată; j) condițiile de administrare a conturilor clienților; k) instanța competentă să soluționeze litigiile.

Devenind prin voința legiuitorului parte a fiecărui contractul de economisire-creditare încheiat, condițiile generale ale contractelor

de economisire-creditare emise de băncile de economisire şi creditare în domeniul locativ au fost supuse inclusiv unor exigenţe privind formularea şi informarea clientelei, precum şi unui control consistent exercitat de Banca Naţională a României. Acestea trebuie redactate într-o manieră clară şi uşor de înţeles, trebuie să fie pe deplin cunoscute de clienţi şi acceptate de aceştia prin semnarea contractului, care va cuprinde în acest sens o clauză expresă[13], iar în sarcina băncii centrale a fost instituit un plus de competenţe care le vizează în mod direct alături de condiţiile generale de afaceri.

Interpretarea corelată a dispoziţiilor ce instituie condiţiile generale ale contractelor de economisire-creditare ca parte a contractelor de economisire-creditare cu cele alocate de actualul Cod civil clauzelor contractuale permite calificarea conţinutului condiţiilor generale drept clauze externe ale unor astfel de contracte bancare. În accepţiunea Codului civil (art. 1.201), clauzele externe reprezintă acele clauze extrinseci la care un contract face trimitere şi de care sunt ţinute părţile, dacă prin lege nu se prevede altfel. Condiţiile generale ale contractelor de economisire-creditare constituie un tot unitar de astfel de clauze externe (fără să excludă existenţa altor clauze externe ce se vor aplica contractelor analizate în condiţiile legii), rezultă din manifestarea unilaterală de voinţă a băncilor de economisire şi creditare în domeniul locativ, iar clauza de trimitere la acestea din conţinutul contractului de economisire-creditare îşi are ca sursă însăşi voinţa legiuitorului. Dacă, în principiu, părţile pot să deroge de la cele prevăzute de una dintre ele prin condiţiile generale trasate[14], în cazul condiţiilor generale ale contractelor de economisire-creditare reţinem că acestea se impun ambelor părţi contractuale motivat de strictetea caracteristică regimului lor juridic, conţinutul lor iniţial şi ulterior fiind inseparabil de aprobarea prealabilă a Băncii Naţionale a României.

[13] Art. 36 alin. (2) din Regulamentul BNR nr. 11/2007.

[14] A.A. Moise, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 1257.

Referitor la rolul Băncii Naționale a României, încă din timpul procesului de autorizare al băncii de economisire şi creditare în domeniul locativ, aceasta are obligația de a evalua cele două categorii de condiții generale şi tipurile de contracte propuse a fi puse la dispoziția clienților. Cu această ocazie banca centrală are competența să respingă cererea de autorizare în cazul în care condițiile generale propuse nu sunt de natură să asigure o derulare corespunzătoare a contractelor de economisire-creditare şi, în particular, dacă aceste contracte, considerate individual, nu asigură pe întreaga lor durată un raport individual adecvat între client şi banca de economii pentru domeniul locativ, precum şi atunci când prevăd vărsăminte ale sumelor economisite, rambursări sau orice alte obligații care întârzie în mod neadecvat repartizarea contractelor de economisire-creditare, duc la prelungirea nejustificată a duratelor contractelor de economisire-creditare sau nu garantează suficient interesele clienților[15]. Raportat la situația celorlalte categorii de instituții de credit, în măsura în care banca de economisire şi creditare în domeniul locativ primeşte de la Banca Națională a României autorizația de funcționare, aceasta trebuie să fie însoțită şi de aprobările pentru condițiile generale de afaceri, condițiile generale ale contractelor de economisire-creditare şi tipurile de contracte. Pentru evitarea oricăror confuzii şi în sprijinul unei informări adecvate a clientelei, caracterul acestor aprobări este lămurit de legiuitor care precizează că ele nu reprezintă o garanție sau o apreciere a Băncii Naționale a României cu privire la oportunitatea, avantajele sau dezavantajele, profitul ori riscurile pe care le-ar putea prezenta încheierea unui contract de economisire-creditare, ci doar certifică faptul că acestea au fost întocmite în conformitate cu dispozițiile legale[16].

Exercițiul atribuțiilor în privința condițiilor generale este continuat de banca centrală şi ulterior autorizării instituției de

[15] Art. 295 şi 296 din O.U.G. nr. 99/2006.
[16] Art. 42 alin. (2) din Regulamentul BNR nr. 11/2007.

credit[17]. În această direcție, ea poate retrage autorizația acordată băncii de economisire şi creditare în domeniul locativ, atât în cazurile generale valabile pentru orice instituție de credit, cât şi atunci când constată existența situațiilor de natura celor mai sus menționate, care justifică retragerea autorizației. De asemenea, banca centrală poate solicita modificarea celor două categorii de condiții generale, atunci când se constată că instituția de credit nu poate asigura îndeplinirea obligațiilor ce le revin din contractele de economisire-creditare, şi este cea care dă aprobare prealabilă pentru modificările sau completările aduse condițiilor generale de afaceri şi condițiilor generale ale contractelor de economisire-creditare, precum şi celor aduse condițiilor generale corespunzătoare unor noi tipuri de contracte de economisire-creditare. Nu în ultimul rând, oferirea unor noi tipuri de contracte, în mod obligatoriu conforme prevederilor cuprinse în condițiile generale de afaceri şi în condițiile generale ale contractelor de economisire-creditare aprobate, trebuie supusă aprobării Băncii Naționale a României cu cel puțin 3 luni înainte de a pune la dispoziția clienților aceste contracte.

## IV. Poziția contractului de economisire-creditare în cadrul contractelor bancare

Contractul de economisire-creditare beneficiază de un statut bine conturat în sfera contractelor bancare, la acesta contribuind deopotrivă caracteristicile care îl individualizează şi caracteristicile comune categoriei căreia îi aparține.

Punctul de pornire în a identifica *caracteristicile contractului de economisire-creditare* îl reprezintă însăşi calificarea acestuia drept o *varietate a depozitului de economii*[18]. Titulatura şi definiția date de legiuitor contractului de economisire-creditare sunt

[17] Conform dispozițiilor art. 296,precum şi ale art. 301 şi 302 din O.U.G. nr. 99/2006.

[18] R. Postolache, I. Genoiu, S. Ionescu, M. Manea, M. Niță, *Contractul de depozit şi varietățile acestuia*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 144.

oarecum de natură să inducă în eroare. În acest sens, contractul analizat pare că stă la baza derulării succesive, între aceiași parteneri contractuali, a celor două operațiuni ce definesc însăși activitatea bancară (atragerea de depozite și acordare de credite). Însă, în realitate, încheierea unui contract de economisire-creditare generează doar o activitate de economisire la finalizarea căreia clientul dobândește, dacă sunt îndeplinite toate condițiile, dreptul de a i se acorda un credit pentru activități în domeniul locativ (cu dobândă fixă sau variabilă, în funcție de tipul finanțării), valorificarea sa presupunând încheierea separată a unui contract de credit pentru domeniul locativ. Deși clientul dobândește dreptul legal la un credit pentru domeniul locativ, acesta nu are un caracter absolut, exercitarea sa obligând banca de economisire și creditare în domeniul locativ la acordarea respectivului credit numai dacă sunt respectate termenele și condițiile stabilite de lege, de condițiile generale ale contractului de economisire-creditare și de contractul de economisire-creditare încheiat. În caz contrar, activitatea de economisire în baza contractului de economisire-creditare va avea ca rezultat concret numai dobândirea de către client a sumei economisite în condiții specifice (dobândă și, eventual, prima de la stat), instituția de credit nemaifiind ținută să acorde creditul pentru domeniul locativ.

În sinteză, contractul de economisire-creditare „clasic", adică cel care este succedat de obținerea de către clientul băncii de economisire și creditare în domeniul locativ a unui credit cu dobândă fixă, nu presupune două operațiuni cumulative (de economisire și de creditare), ci doar derularea unei activități de economisire cu respectarea unor condiții specifice. Aceste condiții se desprind din analiza regimului juridic trasat de legiuitor contractului analizat, parametrii lor sunt conturați, în principal, de condițiile generale ale contractului de economisire-creditare, dar și de condițiile generale de afaceri elaborate de băncile de economisire și creditare în domeniul locativ, iar individualizarea lor este realizează în cadrul contractelor de economisire-creditare încheiate de aceste instituții de credit cu clientela.

Contractul de economisire-creditare, ca specie a contractului de depozit, menține majoritatea caracteristicilor contractului bancar gen, diferența față de acesta materializându-se în faptul că precede, ca regulă, o operațiune distinctă de creditare, precum şi în intervenția unor particularități. În acest ultim sens, *activitatea de economisire* în baza unui contract de economisire-creditare se caracterizează prin faptul că:

*a) depunerile clientului în contul de economii trebuie să fie cel puțin în limita unei sume minime de economisire.* Principala obligație a clientului constă în economisirea unei sume minime, stabilită prin contractul de economisire-creditare. În vederea constituirii acesteia, clientul are posibilitatea de a opta între depuneri lunare regulate, cu respectarea scadențelor impuse, sau o depunere integrală a sumei minime de economisit[19]. Pentru suma economisită, clientul are dreptul la dobândă anuală fixă, stabilită în condițiile generale ale contractului de economisire-creditare, precum şi la primele de stat acordate conform legii. Astfel, soldul economisit de client[20] va fi format din suma economisită, suma dobânzilor acordate şi a celor la care este îndreptățit, precum şi din valoarea primelor de stat pentru depunerile anuale.

Suma minimă de economisire are o legătură directă cu finanțarea de care va putea beneficia clientul ulterior, generând legătura dintre contractul de economisire-creditare şi contractul de credit care îl va succeda. Practic contractul de economisire-creditare este cel care fixează suma totală contractată în raport de care se va stabili creditul pentru domeniul locativ, astfel că finanțarea de care va beneficia clientul în faza de creditare reprezintă diferența dintre suma totală contractată inițial şi soldul economisit de acesta din faza de economisire. Suma minimă de economisire trebuie să rămână mai mică decât suma totală contractată.

---

[19] În funcție de fondurile financiare de care dispune şi, eventual, condiționat de acordul băncii de economisire şi creditare în domeniul locativ, clientul poate efectua şi depuneri suplimentare.

[20] În cazul în care nu au fost achitate separat, din aceasta se vor deduce comisioanele.

*b) se derulează cu respectarea unei perioade minime.* Indiferent de varianta de economisire pentru care optează clientul, respectiv economisirea regulată sau plata instant a soldului aferent sumei minime de economisire, această activitate trebuie să fie realizată cu respectarea duratei minime de economisire. În acest sens, potrivit cadrului normativ în vigoare, timpul de aşteptare minim până la repartizarea contractului de economisire-creditare (înțeleasă ca operațiunea prin care se pune la dispoziția clientului soldul economisit şi, după caz, a dreptului la un credit pentru domeniul locativ) nu poate fi mai mic de 18 luni.

*c) se realizează în sistemul colectiv.* Prin semnarea unui contract de economisire-creditare clientul băncii de economisire şi creditare în domeniul locativ devine membru al unui colectiv de economisire pentru un scop determinat. Plătind ratele de economisire la care se obligă în baza contractului de economisire-creditare, clienții instituției de credit contribuie la acumularea unor sume ce vor constitui una dintre principalele surse ale fondurilor destinate acordării de credite pentru activități în domeniul locativ. Aşadar, prin economisirea în baza contractului de economisire-creditare clientul face depuneri în favoarea colectivului, doar banca de economisire şi creditare în domeniul locativ având dreptul de a le fructifica în cadrul perioadei de depozit[21]. Banca Națională a României este competentă să emită reglementări privind plasamentul temporar al sumelor acumulate în vederea repartizării, precum şi al sumelor deja repartizate, dar al căror vărsământ nu a fost încă solicitat de către clienți. În consecință, suma economisită de client, în cadrul perioadei de economisire, dobânda aferentă acesteia şi, dacă este cazul, prima de la stat sunt indisponibile acestuia până la data repartizării contractului de economisire-creditare[22].

---

[21] În acest ultim sens, a se vedea R. Postolache, I. Genoiu, S. Ionescu, M. Manea, M. Niță, *op. cit.*, p. 145.

[22] Dacă nu intervine încetarea contractului de economisire-creditare.

*d) creează clientului posibilitatea de a obține un credit dacă sunt îndeplinite condițiile de repartizare.* Finalitatea urmărită de clientul unei bănci de economisire şi creditare în domeniul locativ prin încheierea unui contract de economisire-creditare este dobândirea dreptului la un credit cu dobândă fixă pentru activități în domeniul locativ. Concret, dacă sunt îndeplinite toate condițiile de repartizare a contractului de economisire-creditare, la data repartizării, banca de economisire şi creditare în domeniul locativ va pune la dispoziția clientului suma economisită, dobânzile aferente acestuia şi, eventual, primele de la stat, precum şi dreptul de a i se acorda un credit pentru domeniul locativ.

În vederea stabilirii contractelor de economisire-creditare pentru domeniul locativ ce vor fi repartizate, banca de economisire şi creditare în domeniul locativ va determina, la data limită de evaluare, cifra de evaluare aferentă acestor contracte, reprezentând aportul clientului împărțit la aportul băncii pentru locuințe. Calcularea acestui indicator de evaluare se va face pentru fiecare contract în parte, în condițiile legii şi a conținutului condițiilor generale ale contractelor de economisire-creditare. În considerarea prevederilor O.U.G. nr. 99/2006 (art. 305), banca de economisire şi creditare în domeniul locativ nu se poate angaja să pună la dispoziția clientului suma contractată în vederea creditării la o dată determinată, înainte de repartizarea contractului de economisire-creditare. Interdicția nu afectează posibilitatea instituției de credit de a derula finanțări anticipate şi finanțări intermediare, în funcție de politica sa de afaceri şi de comportamentul de economisire al clientului. În cazul existenței unor astfel de finanțări repartizarea este considerată ca fiind acceptată irevocabil de către client.

Creditul pentru domeniul locativ va fi eliberat clientului conform condițiilor descrise în contractul de creditare pentru domeniul locativ ce va fi încheiat de acesta cu banca de economisire şi creditare în domeniul locativ. Cuantumul creditului pentru domeniul locativ se calculează ca diferență dintre suma totală contractată şi soldul economisit, incluzând dobânzile şi primele de la stat acordate clientului. În funcție de gradul de îndeplinire a condițiilor stabilite

prin contractul de economisire-creditare, creditul acordat clientului va fi cu dobândă fixă încă de la început sau va deveni astfel ca rezultat al transformării unui credit cu dobânda pieței în momentul îndeplinirii tuturor condițiilor prevăzute în contractul de economisire-creditare (cazul finanțării anticipate și a finanțării intermediare).

*e) este simulată prin acordarea unei prime de stat.* Economisirea efectuată în baza unui contract de economisire-creditare încheiat cu o bancă de economisire și creditare în domeniul locativ este încurajată de stat prin mecanismul acordării primei de stat. Regimul său juridic este stabilit de prevederile O.U.G. nr. 99/2006 (art. 311-317), dar și de alte reglementări emise de Banca Națională a României.

Dintre clienții băncilor de economisire și creditare în domeniul locativ pot beneficia de această stimulare acordată de stat doar persoane fizice cu cetățenia română și cu domiciliul stabil în România (atât persoanele singure, cât și oricare dintre soți, separat, indiferent care dintre ei economiseşte) pentru depunerile anuale realizate în baza contractelor de economisire-creditare. Condițiile pentru a beneficia în mod constant de prima de stat sunt durata de minimum 5 ani a contractului de economisire-creditare, fără a fi necesară justificarea utilizării în scop locativ a sumei economisite, și obligația, de regulă, ca, înainte de expirarea termenului de economisire stabilit, să nu se fi efectuat restituiri totale sau parțiale din sumele economisite[23].

---

[23] Excepțiile sunt expres și limitativ consacrate de art. 315 din O.U.G. nr. 99/2006, concretizându-se în următoarele situații: a) suma economisită și/sau suma contractată este pusă la dispoziție după repartizare, iar cel care a economisit utilizează suma primită pentru activități în domeniul locativ; b) în cazul cesiunii contractului de economisire – creditare, iar după repartizare, suma economisită sau suma contractată se utilizează pentru activități în domeniul locativ de către cesionar; c) cel care a economisit pentru activități în domeniul locativ sau soțul/soția acestuia a decedat ori a intrat în incapacitate totală de muncă după încheierea contractului de economisire – creditare; d) cel care a economisit pentru activități în domeniul locativ a devenit șomer și perioada de șomaj este de cel puțin 9 luni fără întrerupere și durează încă în momentul la care se solicită restituirea.

Dreptul la prima de stat se constituie la finele anului de economisire[24], iar prima de stat trebuie solicitată de client, sub sancțiunea prescrierii dreptului, până cel târziu la sfârşitul anului calendaristic următor anului de economisire. Solicitarea este adresată băncii de economisire şi creditare în domeniul locativ cu care a încheiat contractul de economisire-creditare, se alocă de la bugetul de stat prin intermediul ministerului de resort, se acordă clientului după expirarea fiecărui an calendaristic, în termen de maximum 60 de zile de la solicitarea care a fost transmisă acestei autorități, şi este virată în contul clientului de banca de economisire şi creditare în domeniul locativ. Prima de stat nu se plăteşte clientului separat, iar dacă a fost încasată cu încălcarea prevederilor legale în materie clientul are obligația de a o restitui în termen de maximum 90 de zile de la încasare.

În privința cuantumului primei de stat, legiuitorul a stabilit nivelul de 25% din suma economisită în anul respectiv de către client, fără a putea depăşi, ca regulă[25], echivalentul în lei a 250 euro, calculat la rata de schimb leu/euro comunicată de Banca Națională a României pentru ultima zi lucrătoare a anului de economisire. Nivelul menționat îşi păstrează valabilitatea şi în cazul în care clientul încheie mai multe contracte de economisire-creditare, suma primelor neputând însă să depăşească prima maximă admisă pentru anul de economisire.

Dintre *caracteristicile contractelor bancare*, ce îşi conservă valabilitatea şi în cazul contractului de economisire-creditare, reținem şi facem precizări numai în privința celei de contract de adeziune şi a celei de contract încheiat cu consumatorii în raport de reglementarea acestora din actualul Cod civil.

Referitor la *contractul de adeziune*, definiția acestuia este consacrată, ca noutate, de dispozițiile Codului civil (art. 1.175). În accepțiunea acestora, un contract este de adeziune atunci când clauzele sale esențiale sunt impuse ori sunt redactate de una

[24] Potrivit legii, acesta trebuie înțeles ca anul calendaristic în care s-au efectuat depunerile ce dau dreptul la primă.

[25] Excepția vizează persoanele în vârstă de până la 35 de ani, precum şi cele care au în întreținere copii minori.

dintre părți, pentru aceasta sau ca urmare a instrucțiunilor sale, cealaltă parte neavând decât să le accepte ca atare. În contextul analizei noastre, devine relevantă şi reglementarea clauzelor extrinseci, standard şi neuzuale (art. 1.201-1.203 C. civ.), precum şi cea a regulii subsidiare de interpretare a stipulațiilor înscrise în contractele de adeziune (art. 1.269).

Apartenența contractului de economisire-creditare la categoria contractelor de adeziune este evidentă[26], clauzele sale esențiale fiind deopotrivă redactate şi impuse clienților de banca de economisire şi creditare în domeniul locativ. Deşi clauzele esențiale nu beneficiază de o definiție, sintagma nu poate desemna decât elementele fundamentale ale unui contract. În cazul contractului de economisire-creditare, apreciem că sunt astfel de clauze cele care privesc activitatea de economisire, dobânda la soldul economisit şi creditul pentru domeniul locativ. Acestea se regăsesc deopotrivă în conținutul contractului, dar şi în conținutul Condițiilor generale ale contractului de economisire-creditare, primul având rolul de a individualiza anumite reguli instituite de cel de al doilea în considerarea situației concrete a părților. Atât contractele de economisire-creditare, cât şi Condițiile lor generale sunt preformulate de banca de economisire şi creditare în domeniul locativ, clienții acesteia având doar posibilitatea de a adera sau nu la acestea prin semnare.

Reamintim faptul că legea obligă la existența unei clauze exprese în conținutul oricărui contractul de economisire-creditare privind cunoaşterea de către client a Condițiilor generale ale contractelor de economisire-creditare, iar prin semnarea contractului acesta le acceptă. La nivel particular, aplicarea clauzelor esențiale relației contractuale dintre banca de economisire şi creditare în domeniul locativ şi client îşi are punctul de plecare în

---

[26] I. Turcu, *Operațiuni şi contracte bancare. Tratat de drept bancar*, vol. 2, ed. a V-a actualizată şi completată, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2004, p. 26; Gh. Piperea, *Introducere în Dreptul contractelor profesionale*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 75. Pentru opinia potrivit căreia în contractele bancare „ponderea negocierii este mai redusă, voința clientului fiind exprimată moderat şi în mare măsură nesemnificativă la definirea şi stabilirea clauzelor contractului", a se vedea M.D. Manea, R. Postolache, *Creditul bancar. De la teorie la practică*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009, p. 117.

semnarea de către client a unei cereri pentru încheierea contractului de economisire-creditare prin care consimte inclusiv luarea la cunoştinţă, înţelegerea pe deplin şi acceptarea aplicării clauzelor din Condiţiile generale, precum şi asumarea oricăror riscuri aferente acestor documente contractuale. Şi conţinutul acestei cereri este predeterminat de banca de economisire şi creditare în domeniul locativ, având un caracter nenegociabil.

Referitor la clauzele standard, acestea au fost definite ca acele stipulaţii stabilite în prealabil de una dintre părţi pentru a fi utilizate în mod general şi repetat şi care sunt incluse în contract fără să fi fost negociate cu cealaltă parte. Chiar dacă în principiu, un contract de adeziune nu înseamnă în mod automat că toate clauzele conţinute de acesta sunt clauze standard[27], suntem de părere că în cazul contractelor de adeziune de tipul contractului de economisire-creditare predomină astfel de clauze. Principala sursă de clauze standard este conţinutul condiţiilor generale ale contractelor de economisire-creditare, parte consistentă a însuşi contractului de economisire-creditare, dublându-şi astfel statutul de tot unitar de clauze externe deja analizat. În cazul în care clauzele standard prezintă şi un caracter neuzual devine aplicabil regimul juridic trasat acestora de Codul civil (art. 1.203)[28].

Problema comună oricărui contract de adeziune[29], exprimată în dezechilibrul existent între părţile contractante, a fost contracarată de legiuitor în cazul contractelor de economisire-creditare

---

[27] A.A. Moise, *op. cit.*, p. 1229.

[28] Clauzele standard care prevăd în folosul celui care le propune limitarea răspunderii, dreptul de a denunţa unilateral contractul, de a suspenda executarea obligaţiilor sau care prevăd în detrimentul celeilalte părţi decăderea din drepturi ori din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepţii, restrângerea libertăţii de a contracta cu alte persoane, reînnoirea tacită a contractului, legea aplicabilă, clauze compromisorii sau prin care se derogă de la normele privitoare la competenţa instanţelor judecătoreşti nu produc efecte decât dacă sunt acceptate, în mod expres, în scris, de cealaltă parte.

[29] Pentru analiza alterării principiului libertăţii contractuale şi cel al autonomiei de voinţă în cazul contractelor de adeziune, Gh. Piperea, *op. cit.*, pp. 77 şi 78, iar pentru opinia potrivit căreia contractul de adeziune nu reprezintă o limitare a principiului libertăţii de a contracta, a se vedea T.V. Rădulescu, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă*, vol. II, *Art. 953-1.649*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 409.

nu doar prin protecția suplimentară asigurată clienților de tipul consumatorilor prin legislația specifică (întâlnită în toate contractele dintre profesioniști și consumatori) și prin recenta regulă instituită de Codul civil privind interpretarea stipulațiilor înscrise în contractele de adeziune împotriva celui care le-a propus[30] (operabilă în sfera oricărui contract de adeziune), ci și prin reglementarea în sarcina Băncii Naționale a României a unor atribuții precise și relevante în materia condițiilor generale (mai sus amintite), specifice contractului de economisire-creditare.

La rândul său, *contractul încheiat cu consumatorii* a fost vizat de Codul civil (art. 1.177) în privința sa stabilindu-se faptul că este supus legilor speciale și doar în completare, dispozițiilor Codului civil. Prioritatea cadrului normativ specific consumatorilor nu este străină dreptului bancar, legislația bancară impunând instituțiilor de credit să deruleze tranzacțiile cu clienții doar pe baze contractuale, acționând într-o manieră prudentă și cu respectarea legislației specifice în domeniul protecției consumatorului[31]. În cazul contractului de economisire-creditare, legislația specifică în materia protecției consumatorilor se va aplica doar acelor contracte în care partenerii profesionistului de tipul băncii de economisire și creditare în domeniul locativ sunt clienții de tipul persoanelor fizice.

Deopotrivă în considerarea apartenenței contractului de economisire-creditare la sfera contractelor de adeziune și, după caz, la cea a contractelor încheiate cu consumatorii, părțile sale nu pot deroga de la regimul legal al prescripției extinctive în privința acțiunilor derivate din acesta (art. 2.515 C. civ.). În caz contrar, se încalcă o normă de ordine publică, sancțiunea fiind nulitatea absolută ce va putea fi invocată de orice persoană interesată.

Caracteristicile mai sus tratate sprijină explicarea rolului accentuat atribuit de legiuitor Băncii Naționale a României în cazul contractelor bancare de tipul contractului de economisire-creditare. Prin exercitarea atribuțiilor recunoscute în materie,

---

30 Pentru tratarea acestei reguli subsidiare de interpretare, a se vedea C. Zamșa, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1327.

31 Art. 117 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006.

banca centrală asigură premisele desfăşurării în condiţii de legalitate a activităţilor de economisire şi de creditare derulate de băncile de economisire şi creditare în sistemul colectiv. Practic, deşi nu este anihilată posibilitatea comportamentelor abuzive ale unor astfel de instituţii de credit în raporturile juridice cu clientela, formele în care intervine Banca Naţională a României conferă totuşi acesteia din urmă garanţia inexistenţa unei puteri discreţionare a celor dintâi.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# REGLEMENTAREA FACTORINGULUI ŞI A OPERAŢIUNII DE FORFETARE ÎN LEGISLAŢIA ROMÂNEASCĂ

*Roxana MUŞOI*
*Avocat partener, Vilau&Mitel SCP*

***Abstract:*** *Factoring and forfaiting represent two short-term financing options, which are frequently used for trading of goods or supply of services and which, although frequently used by professionals, do not benefit from a national regulation of their own. In order to make up for this regulatory void in the field, the mission of organizing, disciplining and correctly legally ranking these predominantly financial operations devolves on the doctrine and hence this paper comes to support the delineation of a specific legal regime.*

***Keywords:*** *factoring, forfaiting, factoring agreement, recourse, client, factor, debtor*

***Rezumat:*** *Factoringul şi forfetarea reprezintă două modalităţi de finanţare pe termen scurt, frecvent întâlnite în comerţul de bunuri sau prestările de servicii şi care, cu toate că sunt frecvent utilizate de profesionişti, nu beneficiază de o reglementare proprie naţională. Pentru a suplini acest vid de reglementare în materie, misiunea organizării, disciplinării şi încadrării juridice corecte a acestor operaţiuni cu caracter preponderent financiar stă în sarcina doctrinei, fapt pentru care prezenta lucrare vine în sprijinul conturării unui regim juridic specific.*

***Termeni-cheie:*** *factoring, forfetare, acord de factoring, recurs, aderent, factor, debitor cedat*

## I. FACTORINGUL

### 1. Reglementare şi noţiune

Pe plan naţional, factoringul a fost definit în cuprinsul unor acte normative care în prezent sunt abrogate[1].

[1] O.U.G. nr. 10/1997 privind diminuarea blocajului financiar şi a pierderilor din economie, Legea nr. 151/1997 de aprobare a O.U.G. nr. 10/1997, Legea nr. 469/2002

Contractul de factoring era reglementat prin O.U.G. nr. 10/1997 privind diminuarea blocajului financiar şi a pierderilor din economie, acesta fiind definit la art. 2 alin. (2) lit. b) ca *„un contract încheiat între o parte, denumită aderent, furnizoare de mărfuri sau prestatoare de servicii, şi o societate bancară sau o instituţie financiară specializată, denumită factor, prin care aceasta din urmă asigură finanţarea, urmărirea creanţelor şi protecţia riscurilor de credit, iar aderentul cedează factorului, cu titlu de vânzare sau de gaj, creanţele născute din vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii pentru terţi"*.

Concepţia legiuitorului cu privire la factoring era eronată sub două aspecte, respectiv: (i) contractul de factoring era considerat ca fiind operaţiunea prin care aderentul ceda, cu titlu de vânzare sau gaj, creanţele născute din vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii şi (ii) factoringul era considerat un instrument de plată, potrivit dispoziţiilor art. 2 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 10/1997 privind diminuarea blocajului financiar şi a pierderilor din economie.

Prima formă corectată a definiţiei dată factoringului a fost introdusă în anexa la Ordinul ministrului de stat, ministrul finanţelor şi al Guvernatorului Băncii Naţionale a României nr. 1.418/1997 privind planul de conturi pentru societăţile bancare şi normele metodologice de utilizare a acestuia, care definea factoringul ca fiind *„operaţiunea prin care clientul, denumit «aderent», transferă proprietatea creanţelor (facturilor) sale comerciale băncii, denumită «factor», aceasta având obligaţia, conform contractului încheiat, de a asigura încasarea creanţelor aderentului, asumându-şi riscul de neplată a acestora. Banca, pe baza documentelor primite, plăteşte valoarea nominală a creanţelor, mai puţin agio, fie imediat, fie la scadenţa acestora sau la scadenţa contractuală stabilită cu aderenţii"*.

privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei financiare şi anexa la Ordinul ministrului de stat, ministrul finanţelor şi al Guvernatorului Băncii Naţionale a României nr. 1418/1997 privind aprobarea Planului de conturi pentru societăţile bancare şi a normelor metodologice de utilizare a acestuia.

Legea nr. 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale defineşte în art. 6 alin. (2) lit. b) factoringul ca fiind *„contractul încheiat între o parte, denumită aderent, furnizoare de mărfuri sau prestatoare de servicii, şi o societate bancară sau o instituţie financiară specializată, denumită factor, prin care aceasta din urmă asigură finanţarea, urmărirea creanţelor şi prezervarea contra riscurilor de credit, iar aderentul cedează factorului, cu titlu de vânzare, creanţele născute din vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii pentru terţi"*.

Dintre definiţiile enumerate, considerăm că definiţia dată factoringului prin Legea nr. 469/2002 reprezintă cea mai adecvată formă de reglementare a acestei operaţiuni, legiuitorul considerând în mod pertinent că factoringul este un mecanism de mobilizare a creanţelor, şi nu un instrument de garanţie a unei obligaţii de plată.

Pentru a descrie factoringul într-un mod cât mai complet, îl vom defini ca fiind operaţiunea financiară prin care un comerciant, furnizor de mărfuri sau prestator de servicii, denumit *aderent*, transmite creanţe pe care le deţine faţă de clienţii săi, denumiţi *debitori cedaţi*, către o instituţie bancară sau instituţie financiară nebancară, denumită *factor*, care preia respectivele creanţe în schimbul unor comisioane de factoring şi de finanţare, oferind aderentului o sursă de finanţare pe termen scurt şi o metodă de delegare a activităţii de colectare a debitelor respective.

În lipsa unor reglementări specifice, contractul de factoring este un contract nenumit şi, în prezent, este guvernat de dispoziţiile Codului civil privitoare la cesiunea de creanţă (art. 1.566-1.586 C. civ.).

Pe plan internaţional, factoringul face obiectul reglementării Convenţiei UNIDROIT de la Ottawa din 1988, privind contractul internaţional de factoring, intrată în vigoare în 1995, şi al Convenţiei Naţiunilor Unite adoptate la New York în 2001 privind cesiunea de creanţă în comerţul internaţional, niciuna dintre convenţii nefiind ratificate de statul român.

## 2. Natura juridică a contractului de factoring

Doctrina a emis numeroase opinii privitoare la natura juridică a operațiunii de factoring, considerându-l fie *„un contract complex, înglobând atât o cesiune de creanță, cât şi o subrogare convențională care este consimțită de creditor”*[2], fie *„un mecanism complex care presupune cesiune de creanță, subrogare personală, dar şi obligații suplimentare pentru factor, prin raportare la obligațiile cesionarului sau ale subrogatului personal”*[3].

În opinia noastră, natura juridică a contractului de factoring este cea a unei cesiuni de creanță, aderentul având calitatea de cedent, iar factorul calitatea de cesionar, subrogându-se în drepturile aderentului pentru valoarea creanțelor transmise.

Cu toate acestea, factoringul prezintă anumite particularități, respectiv:

a) spre deosebire de cesiunea de creanță, care poate fi cu titlu oneros sau gratuit, contractul de factoring este întotdeauna cu titlu oneros;

b) în cazul factoringului, creanțele preluate trebuie să aibă ca izvor întotdeauna un raport comercial ce constă în prestarea de servicii sau livrarea de mărfuri;

c) titlul constatator al creanțelor ce fac obiectul contractelor de factoring trebuie să fie reprezentat de facturi;

d) în materia contractului de factoring, regula este că aderentul răspunde în caz de regres împotriva acestuia, în limita valorii nominale a creanței cedate.

## 3. Importanța factoringului

Din definiția acordată contractului de factoring, putem deduce cu uşurință importanța acestei operațiuni, constituind, alături de alte mijloacele de finanțare mai cunoscute, precum creditul bancar şi leasingul, un mijloc de finanțare dinamic şi flexibil.

---

[2] L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Considerații privind contractul de factoring*, în Revista de Ştiințe Juridice nr. 4/2008, Ed. Themis, Craiova, p. 99.

[3] B. Vartolomei, *Contractul de factoring*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2006, p. 29.

Aşadar, factoringul oferă:

a) un mijloc alternativ de finanţare pe termen mediu şi scurt;

b) un mijloc flexibil de creditare, ce deseori nu presupune constituirea de garanţii, prin intermediul căruia aderentul realizează o încasare imediată a facturilor;

c) o cale de îmbunătăţire a fluxului de lichidităţi al aderentului, ca urmare a accelerării *cash-flow*-ului. Prin încheierea unui contract de factoring, aderentul înlătură disconfortul lipsei de capital rulant existent până la data încasării valorii facturilor de la debitorii săi;

d) un nivel ridicat de protecţie împotriva neexecutării obligaţiilor de către debitorii cedaţi, factoringul acoperind riscurile ce decurg dintr-o eventuală insolvabilitate a clienţilor. Riscul este preluat de către factor, ţinând totuşi cont de faptul că factorul nu acoperă riscurile provenite din eventualele contestaţii ale debitorilor cedaţi privind bunurile livrate sau serviciile prestate;

e) degrevarea aderentului de sarcinile privitoare la gestionarea şi valorificarea creanţelor deţinute împotriva clienţilor săi.

### 4. Caracterele juridice ale contractului de factoring

Contractul de factoring este un contract încheiat între profesionişti, care prezintă următoarele caractere juridice:

a) este un contract nenumit – deoarece nu beneficiază de o reglementare specifică în legislaţia românească. Contractul de factoring era definit în cuprinsul unor acte normative care în prezent sunt abrogate[4], aşadar neexistând în prezent o definiţie legală a acestui contract;

b) este un contract sinalagmatic – întrucât reprezintă un izvor de drepturi şi de obligaţii atât pentru factor, cât şi pentru aderent;

---

[4] O.U.G. nr. 10/1997 privind diminuarea blocajului financiar şi a pierderilor din economie, Legea nr. 151/1997 de aprobare a O.U.G. nr. 10/1997, Legea nr. 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei financiare şi anexa la Ordinul ministrului de stat, ministrul finanţelor şi al Guvernatorului Băncii Naţionale a României nr. 1418/1997 privind aprobarea Planului de conturi pentru societăţile bancare şi a normelor metodologice de utilizare a acestuia.

c) este un contract cu titlu oneros – factorul beneficiind în schimbul plății, anticipate sau la scadență, a creanțelor cumpărate, de o contraprestație, ce constă în comisionul de factoring şi/sau dobânda aferentă sumelor avansate anticipat;

d) este un contract comutativ – existența şi întinderea drepturilor şi a obligațiilor părților contractului de factoring fiind stabilite la momentul încheierii acestuia;

e) este un contract consensual – simplul acord de voință al părților fiind suficient pentru încheierea sa valabilă, fiind încheiat în mod regulat în forma scrisă din rațiuni exclusive *ad probationem*;

f) este un contract încheiat între profesioniști – atât aderentul, cât şi factorul sunt profesioniști;

g) este un contract cu executare succesivă – deoarece operațiunea de factoring presupune încheierea unui acord-cadru de factoring, în baza căruia factorul şi aderentul convin să desfăşoare operațiuni de factoring pentru o durată determinată, urmând ca în acest interval de timp aderentul să transfere creanțele deținute împotriva debitorilor cedați, către factor, în limita unui plafon agreat;

h) este un contract *intuitu personae* – având în vedere faptul că factorul preia poziția juridică a aderentului, în raport cu debitorul cedat, acesta dobândeşte drepturile pe care le deținea aderentul, astfel cum se aflau la momentul transmiterii; factorul acceptă aderentul după o verificare temeinică privitoare la competența profesională, bonitatea şi modul în care îşi conduce afacerile cu clienții, aceşti factori având o influență determinantă asupra probabilității de recuperare a debitelor preluate.

### 5. Condiții de valabilitate

Pentru a fi considerat încheiat valabil, contractul de factoring trebuie să respecte următoarele condiții:

a) condiții de fond – contractul de factoring trebuie să întrunească condițiile generale pentru valabilitatea unui contract, respectiv capacitatea de a contracta, un obiect determinat şi licit, consimțământul valabil al părților şi o cauză licită şi morală;

b) condiţii de formă – având în vedere că operaţiunile de factoring sunt reglementate de prevederile Codului civil privitoare la cesiunea de creanţă, contractul de factoring este supus principiului consensualismului, aşadar fiind considerat ca valabil încheiat la momentul întrunirii acordului de voinţe al părţilor contractante, forma scrisă fiind cerută *ad probationem*.

### 6. Părţile contractului de factoring

Aderentul este un comerciant (persoană fizică sau persoană juridică) care practică acte de comerţ ce constau fie în producerea şi comercializarea de mărfuri, fie numai în comercializarea de mărfuri sau în prestarea de servicii.

Factorul poate fi numai o persoană juridică ce deţine calitatea de instituţie de credit sau de instituţie financiară nebancară, autorizată conform prevederilor legislaţiei naţionale.

Operaţiunile de factoring le sunt permise:

a) instituţiilor de credit, potrivit dispoziţiilor art. 18 alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 99/2006, potrivit cărora instituţiile de credit pot desfăşura *„factoring cu sau fără regres, finanţarea tranzacţiilor comerciale, inclusiv forfetare"* şi

b) instituţiilor financiare nebancare, în conformitate cu art. 14 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 93/2009 privind instituţiile financiare nebancare, care stabileşte că instituţiile financiare nebancare pot desfăşura activităţi de creditare, printre care: *„operaţiuni de factoring, scontare, forfetare"*.

La nivel mondial, în majoritatea ţărilor dezvoltate, factorii se constituie sub forma companiilor de factoring, care reprezintă societăţi comerciale specializate.

Debitorul cedat nu este parte la contractul de factoring, cu toate că faţă de acesta se produc efecte juridice prin încheierea contractului de factoring între aderent şi factor. Debitor cedat poate fi orice comerciant, persoană fizică sau persoană juridică.

### 7. Clasificarea operaţiunilor de factoring

Atât în teorie, cât şi în practică au fost dezvoltate numeroase forme de factoring, acestea fiind clasificate în funcţie de momentul

achitării creanțelor cumpărate, de garantarea sau nu a plății de către aderent şi de modul de gestionare a creanțelor.

Aşadar, putem distinge:

a) Factoring tradițional *(old line factoring)* – operațiune de factoring în cadrul căreia factorul plăteşte creanțele primite de la aderent în momentul remiterii facturilor aferente creanțelor transmise, care devin exigibile la o dată ulterioară transferului acestora.

Aşadar, factoringul tradițional relevă funcția de finanțare a agenților economici pe căi alternative, asigurând finanțarea aderentului pe perioada cuprinsă între data transmiterii creanțelor şi data exigibilității lor, gestionarea lor şi asumarea riscului de neplată de către debitorii cedați.

În cazul operațiunilor de factoring clasic, factorul poate solicita o garanție, denumită „*agio*" care constă într-o sumă de bani care să constituie garanția îndeplinirii obligațiilor de către debitorii cedați.

b) Factoring modern *(new line factoring)* – operațiune de factoring în cadrul căreia factorul plăteşte creanțele primite de la aderent la momentul atingerii exigibilității lor.

c) Factoring la scadență *(maturity factoring)* – reprezintă o formă a factoringului modern, în cadrul căreia factorul plăteşte creanțele primite de la aderent, ulterior momentului scadenței lor.

d) Factoring de agent *(agency factoring)* – operațiune de factoring în cadrul căreia factorul plăteşte creanțele primite de la aderent în mod anticipat, preia riscul de neplată al acestora, lăsând însă în seama aderentului obligația de recuperare a debitelor de la debitorii cedați. Aderentul preia sumele datorate în nume propriu şi pe contul factorului. Această formă de factoring exclude necesitatea notificării debitorilor cedați, astfel că debitorii nu au cunoştință de operațiunea de factoring.

Datorită faptului că cesiunea de creanță nu a fost notificată debitorului cedat, iar acesta cunoaşte drept creditor pe aderent, orice creanță certă lichidă şi exigibilă a debitorului cedat va putea fi opusă aderentului, operând astfel compensarea creanțelor reciproce.

e) Factoringul confidenţial *(invoice discounting)* – operaţiune de factoring în cadrul căreia factorul are doar funcţia de creditare a aderentului, acesta plătind creanţele primite de la aderent în mod anticipat. În cadrul acestei forme de factoring, factorul îşi păstrează, de obicei, posibilitatea de a prelua gestiunea creanţelor care prezintă dificultăţi în executare, având astfel posibilitatea de a proceda, el însuşi, la colectarea directă a debitelor.

Nefiind notificat debitorului cedat, şi în acest caz creanţele certe lichide şi exigibile ale debitorului cedat pot fi opuse aderentului, operând compensarea creanţelor reciproce.

f) Factoring cu recurs *(recourse factoring)* – reprezintă forma de factoring cea mai apropiată de creditare, în care factorul îşi asumă doar gestionarea facturilor şi finanţarea aderentului prin plata anticipată a facturilor, factorul păstrându-şi dreptul de a se îndrepta împotriva aderentului, în caz de neplată a creanţelor de către debitorii cedaţi, fie pentru suma plătită pentru creanţele respective, fie pentru valoarea nominală a lor.

Aplicând dispoziţiile Codului civil privitoare la cesiunea de creanţă cu titlu oneros, obligaţia legală de garanţie operează *ope legis* şi are ca obiect, în primul rând, existenţa creanţei şi a accesoriilor sale, la data cesiunii, cedentul garantând că nu a intervenit, până la momentul efectuării cesiunii, o cauză de nulitate, de anulare sau de stingere a obligaţiei, iar în al doilea rând, existenţa creanţei în integralitatea sa, respectiv ca valoarea acesteia să fie cea prevăzută în contractul de cesiune încheiat cu cesionarul.

Factoringul cu recurs este posibil deoarece prevederile legale referitoare la răspunderea cedentului faţă de cesionar au caracter supletiv, iar potrivit dispoziţiilor art. 1.585 alin. (2) C. civ., cesionarul poate conveni cu cedentul ca acesta să garanteze şi pentru solvabilitatea debitorului cedat. În lipsă de stipulaţie contrară, cedentul garantează pentru solvabilitatea debitorului la data cesionării, iar în cazul factoringului cu recurs, acesta garantează cesionarul pentru solvabilitatea debitorului cedat la data exigibilităţii obligaţiei de plată a debitului, prin stipularea expresă a acestei obligaţii în contractul de factoring.

## 8. Efectele contractului de factoring

Având în vedere faptul că operațiunilor de factoring li se aplică dispozițiile Codului civil privitoare la cesiunea de creanță, urmează să distingem între efectele produse:

*a) Între factor şi aderent*

Prin efectul cesiunii, factorul se subrogă în drepturile aderentului, devenind creditor pentru valoarea nominală a creanțelor, împreună cu toate accesoriile acestora, precum dobânzile şi penalitățile datorate de către clienții aderentului, indiferent de data scadenței lor[5] (cu excepția cazului în care părțile convin contrariul), garanțiile aferente acestora, acțiunile al căror titular era aderentul (cu excepția celor personale), clauzele compromisorii, precum şi titlurile executorii obținute de către aderent înainte de transmiterea creanțelor[6].

Cu toate acestea, în situația în care, printre garanțiile aferente creanței cedate există şi bunuri în gaj[7], posesia acestora nu poate fi transmisă către cesionar, decât cu acordul constituitorului garanției. Rațiunea pentru care nu se transmite şi posesia bunului gajat rezidă în faptul că, la momentul constituirii garanției, constituitorul a încredințat bunul gajat în considerarea persoanei creditorului, acordându-i un grad de încredere pentru păstrarea obiectului gajului în bune condiții.

*b) Față de clienții aderentului (debitorii cedați) şi față de terți*

Contractele de factoring sunt opozabile terților de la momentul perfectării lor, în conformitate cu prevederile art. 1.281 C. civ., aşadar, cesiunea de creanță devine opozabilă terților de la momentul încheierii sale valabile, fără a mai fi necesară îndeplinirea altei formalități.

---

[5] Conform art. 1.576 C. civ.: *„Dacă nu s-a convenit altfel, dobânzile şi orice alte venituri aferente creanței, devenite scadente, dar neîncasate încă de cedent, se cuvin cesionarului, cu începere de la data cesiunii".*

[6] L. Pop, *Cesiunea de creanță în dreptul civil român*, în Dreptul nr. 3/2006, p. 25.

[7] Potrivit dispozițiilor art. 186 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, prin „gaj" se desemnează toate garanțiile reale mobiliare care necesită deposedarea debitorului de bunul afectat garanției, indiferent de momentul şi de temeiul juridic al constituirii lor.

De la această regulă, în cazul cesiunii de creanţă, sunt stabilite şi unele excepţii importante. Astfel, cesiunea unei universalităţi de creanţe, prezente sau viitoare, se înscrie în Arhiva Electronică de Garanţii Reale Mobiliare[8].

Totuşi, faţă de debitorii cedaţi, cesiunea unei universalităţi de creanţe devine opozabilă din momentul comunicării cesiunii. Realizarea doar a uneia dintre cele două modalităţi nu este suficientă, în opinia noastră, pentru a asigura opozabilitatea cesiunii în raport cu debitorii cedaţi, întrucât cesiunea poate fi opusă fiecăruia dintre ei doar din momentul comunicării[9].

În cazul creanţei ipotecare garantate cu o ipotecă imobiliară, factorul va putea cere înscrierea în Cartea funciară a transferului ipotecii în favoarea sa, pe baza înscrisului constatator al cesiunii de creanţă, situaţie în care debitorul cedat va putea cere notarea excepţiilor pe care le-ar fi putut opune cedentului pentru cauze anterioare notificării sau acceptării cesiunii creanţei ipotecare şi pe care înţelege să le opună factorului.

Datorită faptului că şi fideiusorul debitorului cedat este terţ faţă de cesiunea de creanţă, fidejusorul trebuie să fie notificat în aceleaşi condiţii ca şi debitorul cedat[10], pentru a-i fi opozabilă cesiunea.

Având în vedere faptul că factoringul priveşte o pluralitate de clienţi (debitori cedaţi), pentru ca cesiunea să fie opozabilă acestora, notificarea trebuie adresată fiecăruia în parte[11].

### 9. Tratamentul fiscal al factoringului

Potrivit dispoziţiilor art. 141 alin. (2) lit. a) pct. 3 C. fisc., prestările de natură financiar-bancară, precum cele de natura tranzacţiilor, incluzând negocierea, privind conturile de depozit sau conturile curente, plăţi, viramente, creanţe, cec-uri şi alte

---

[8] Reglementată de H.G. nr. 802/1999 privind adoptarea Regulamentului pentru organizarea şi funcţionarea Arhivei Electronice de Garanţii Reale Mobiliare, cu modificările şi completările ulterioare.

[9] Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul cod civil – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 1675.

[10] Obligaţie impusă în conformitate cu art. 1.581 C. civ.

[11] L. Pop, *Cesiunea de creanţă în dreptul civil român*, în Dreptul nr. 3/2006, p. 16.

instrumente negociabile, exceptând recuperarea creanțelor, sunt scutite de taxa pe valoare adăugată, pentru operațiunile desfăşurate în interiorul țării.

Conform pct. 35 alin. (7) din Normele de aplicare a Codului fiscal, excepția prevăzută la art. 141 alin. (2) lit. a) pct. 3 C. fisc. se aplică în funcție de natura operațiunii, indiferent de terminologia utilizată, respectiv recuperare de creanțe sau factoring.

Astfel, conform alin. (8) al pct. 35 din Normele de aplicare a Codului fiscal, *„în situația în care, conform contractului, scopul operațiunii la care se face referire la alin. (7) nu îl constituie recuperarea de creanțe, ci acordarea unui credit, societatea care preia creanțele aferente unui credit acordat asumându-şi poziția creditorului, operațiunea este scutită de taxa pe valoarea adăugată, nefăcând obiectul excepției prevăzute la art. 141 alin. (2) lit. a) pct. 3 C. fisc."*

## II. FORFETAREA

### 1. Reglementare şi noțiune

Contractul de forfetare era reglementat în legislația românească în O.U.G. nr. 10/1997 privind diminuarea blocajului financiar şi a pierderilor din economie, acesta fiind definit la art. 2 alin. (2) lit. a) ca fiind *„un contract prin care un vânzător sau prestator de servicii îşi vinde creanțele pe care le are față de un cumpărător sau beneficiar unei societăți bancare sau unei instituții financiare specializate, contra unei taxe de forfetare."*

Legea nr. 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale reitera definiția cuprinsă în O.U.G. nr. 10/1997.

Definiția dată de către legiuitor contractului de forfetare este incompletă, acesta omițând să precizeze că obiectul forfetării constă în titlurile de credit (cambia şi bilete la ordin) sau acreditivele aferente unor livrări de mărfuri sau prestări de servicii, respectiv că societatea de forfetare preia, fără drept de regres, drepturile de creanță ce rezultă din titlurile de credit.

Aşadar, vom defini forfetarea ca formă de finanțare în cadrul căreia societatea de forfetare (forfetor) preia, fără drept de regres,

drepturile de creanţă ce rezultă din titlurile de credit (cambia şi bilete la ordin) sau acreditivele aferente unor livrări de mărfuri sau prestări de servicii, înainte de ajungerea acestora la scadenţă, contra unei taxe de forfetare.

Prin urmare, forfetarea poate fi asimilată factoringului fără regres, diferenţa faţă de acesta constând în obiectul cesiunii, în cazul forfetării constând în titlurile de credit (cambia şi bilete la ordin) sau acreditivele aferente unor livrări de mărfuri sau prestări de servicii.

### 2. Natura juridică a operaţiunii de forfetare

Termenul de forfetare provine din expresia *forfait*, care reprezintă renunţarea la anumite drepturi. În cadrul operaţiunii de forfetare, renunţarea de către cumpărător la dreptul său de recurs asupra vânzătorului este caracteristica esenţială a operaţiunii.

Din punct de vedere juridic, forfetarea se aseamănă foarte mult cu scontarea, prin faptul că ambele operaţiuni presupun transmiterea instrumentului de plată prin andosare, însă, în cazul scontării, noul beneficiar (banca de scont) îşi conservă dreptul de regres împotriva trăgătorului/beneficiarului, pe când în cazul forfetării, forfetistul renunţă la acest drept.

Natura juridică a forfetării este cea a unei cesiuni de creanţă, materializată prin andosarea (girarea) titlurilor de credit (cambia şi bilete la ordin).

### 3. Importanţa operaţiunii de forfetare

Forfetarea permite recuperarea sumelor înainte de scadenţa sau transformarea unei vânzări pe credit într-o vânzare la vedere din punctul de vedere al exportatorului. Principalele avantaje sunt:

a) instituţia de forfetare preia asupra sa toate riscurile de neplată de către importator;

b) forfetarea se realizează de un număr redus de instituţii, care sunt specializate în operaţiuni de forfetare;

c) forfetarea are ca sursă de finanţare fondurile atrase de către instituţiile de forfetare, prin mobilizarea lor pe piaţa eurovalutelor;

d) instituțiile de forfetare operează cu titluri de credit exprimate în orice monedă, acceptată ca eurovalută;

e) pe piața forfetarilor se realizează negocierea titlurilor de creanță pe termen mediu şi lung;

f) costul forfetării are ca bază de formare nivelurile de cost ale eurovalutelor, respectiv nivelul dobânzii la eurovaluta de referință, în care este exprimată creanța.

Însă, ca rezultat al riscurilor preluate de instituția de forfetare, taxa de forfetare este mai mare decât taxa de scont.

### 4. Condiții de valabilitate

Pentru a fi considerat încheiat valabil, contractul de forfetare trebuie să respecte condiții:

a) de fond – contractul de forfetare trebuie să întrunească condițiile generale pentru valabilitatea contractelor, respectiv capacitatea de a contracta, un obiect determinat şi licit, consimțământul valabil al părților şi o cauză licită şi morală;

b) de formă – fiind supus principiului consensualismului, este considerat ca valabil încheiat la momentul întrunirii acordului de voințe al părților contractante, forma scrisă fiind cerută *ad probationem*.

### 5. Părțile acordului de forfetare

Forfetarea presupune antrenarea în operațiune a următoarelor părți:

a) exportatorul;

b) instituția de forfetare, care poate fi numai o persoană juridică ce deține calitatea de instituție de credit sau de instituție financiară nebancară, autorizată conform prevederilor legislației naționale.

Operațiunile de forfetare sunt permise:

a) instituțiilor de credit, potrivit dispozițiilor art. 18 alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 99/2006, potrivit cărora instituțiile de credit pot desfăşura *„factoring cu sau fără regres, finanțarea tranzacțiilor comerciale, inclusiv forfetare”* şi

b) instituțiilor financiare nebancare, în conformitate cu art. 14 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare

nebancare, care stabileşte că instituţiile financiare nebancare pot desfăşura activităţi de creditare, printre care: *„operaţiuni de factoring, scontare, forfetare"*.

Cu toate că se produc efecte juridice şi faţă de importator, acesta nu poate fi considerat ca parte la contractul de forfetare.

### 6. Cerinţe specifice

Având în vedere caracteristicile operaţiunii, instituţiile de forfetare solicită îndeplinirea unor cerinţe specifice, cum ar fi:

a) instrumente de garantare: avalizarea, titlurile de credit, scrisoarea de garanţie bancară, acreditive irevocabile netransferabile;

b) alte documente suplimentare: declaraţia exportatorului privind cesiunea sau transferul drepturilor de încasare a creanţelor.

## III. COMPARAŢIE ÎNTRE FORFETARE ŞI FACTORING

Deşi ambele operaţiuni constau în transferul unor creanţe, trebuie observate următoarele diferenţe:

1. În cadrul contractului de factoring, aderentul transmite factorului creanţe materializate în documente comerciale fără caracter negociabil (facturi), în timp ce în cadrul forfetării titlurile constatatoare ale creanţelor transferate au caracter negociabil (cambie, bilet la ordin etc.).

2. Transmiterea titlurilor de credit către instituţia de forfetare se face printr-un mecanism specific acestora, respectiv prin gir.

3. Forfetarea este o operaţiune specifică activităţilor comerciale de export.

4. Factoringul presupune derularea unor relaţii comerciale pe termen îndelungat, contractul de factoring luând forma unui acord-cadru.

În concluzie, în prezent operaţiunile de factoring şi forfetare nu sunt reglementate în legislaţia noastră, fiind aplicabile dispoziţiile generale din materia cesiunii de creanţă. Având în vedere natura operaţiunilor şi mecanismul de operare, considerăm că nu este necesară o reglementare suplimentară a factoringului şi a forfetării.

## BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

1. Baias Fl. A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.), *Noul Cod civil – comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012;

2. Smarandache L., Dodocioiu A., *Considerații privind contractul de factoring*, în Revista de Ştiințe Juridice nr. 4/2008, Editura Themis, Craiova, 2008;

3. Pop L., *Cesiunea de creanță în dreptul civil român*, în Dreptul nr. 3/2006;

4. Ruddy N., Mills S., Davidson N., *Salinger on Factoring*, 4th edition, Sweet & Maxwell, 2006;

5. Vartolomei B., *Contractul de factoring*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2006.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

# CREDITUL SINDICALIZAT. PARTICULARITĂȚI ŞI PRACTICĂ

*Bogdan PLEŞUVESCU*
*Vicepreşedinte Credit Europe Bank România*

*Iulia BOGDAN*
*Avocat*

*Motto:*

*„Ficțiunile nu doar că sunt admisibile în drept, dar ele sunt şi necesare. Ele nu sunt un mijloc excepțional şi anormal de elaborare a dreptului, ci fac parte din operațiunile obişnuite ale spiritului nostru. Dacă sunt în contradicție cu ceva, ficțiunile sunt în contradicție cu tehnica legislativă, cu „instrumentarul" ei obişnuit, nu însă cu realitatea. (...) Ficțiunile sprijină şi stimulează evadarea din canoane, din carapacea mistificatoare a regulilor din drept, din sfera dogmatismului juridic, acesta semnificând adeseori lene sau neputință intelectuală ori pur şi simplu comoditate prin consternare oarbă în fața unei norme transformată în fetiş"*[1].

***Abstract:*** *This paper analyses the syndicated loan, a concept that was imported in the Romanian legal system from the Anglo-Saxon legal systems, having certain peculiarities that allow the explanation of the parallel debt mechanism through a legal fiction. These peculiarities are applied to a practical case of a syndicated loan, governed by British law, provided by a group of Romanian and foreign banks to a Romanian corporation, and for which guarantees on assets situated in Romania were constituted.*

***Keywords:*** *syndicated loan; parallel debt; legal fiction*

***Rezumat:*** *Lucrarea analizează creditul sindicalizat, instituție importată în sistemul juridic român din sistemele de drept anglo-saxon şi ale cărei particularități permit explicarea mecanismului obligațiilor paralele prin intermediul unei ficțiuni juridice. Particularitățile identificate sunt aplicate unui caz practic al unui credit sindicalizat, guvernat de dreptul englez,*

[1] I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005.

*acordat de un consorțiu de bănci, române și străine, unei corporații române, securizat cu garanții reale constituite asupra unor bunuri situate pe teritoriul României.*

***Termeni-cheie:*** *credit sindicalizat, obligații paralele, ficțiune juridică*

## 1. Creditul sindicalizat. Definiție și structură

Facilitatea de tip *credit sindicalizat* reprezintă împrumutul acordat de către un consorțiu de împrumutători unui singur împrumutat, creditul fiind structurat și administrat de unul sau mai mulți dintre membrii consorțiului/persoane care acționează în numele acestora, fiind, în esență, construit pentru disjungerea riscurilor asociate finanțărilor. Ca regulă, în Europa, împrumutătorii unor asemenea aranjamente financiare sunt bănci comerciale, în vreme ce pe teritoriul Statelor Unite ale Americii segmentul finanțatorilor este mult mai diversificat, fiind implicate, pe lângă băncile comerciale, diverse fonduri și bănci de investiții.

În literatura de specialitate, sindicalizările sunt împărțite în trei categorii: *underwritten deal*, *best efforts syndication* și sindicalizări tip *club deal*.

*Underwritten deal* este tipul de sindicalizare în care aranjorii inițiali își asumă acordarea împrumutului și condițiile acestuia, iar ulterior, dacă nu pot determina alți investitori să subscrie la sindicat, sunt forțați să absoarbă integral suma împrumutului și să încerce ulterior să o vândă pe piața secundară către terți finanțatori interesați. Riscul aranjorilor inițiali implicați în asemenea operațiuni este ca, subsecvent acordării creditului, din cauza unor evenimente care afectează piața împrumuturilor, fie să aplice un discount *(haircut)* la vânzarea participației/a unei părți din participație, fie să rămână cu întreaga expunere pe toata durata de viață a creditului.

*Best efforts syndication* este tipul de sindicalizare în care aranjorii inițiali nu își asumă acordarea întregii sume cerute de clientul împrumutat, rămânând ca diferența neacoperită să fie

oferită pe piața liberă altor posibili aranjori, existând și riscul ca aceasta să rămână nesubscrisă *(undersubscribed)*.

*Club deal* este tipul de sindicalizare în care aranjorii sunt cunoscuți de la început, relația este directă și prestabilită între aceștia. De obicei, îndatoririle și riscurile la care se supun aceștia sunt împărțite în mod egal. Sindicalizările de această natură sunt soluția ideală pentru cazul în care finanțatorii doresc să cunoască/să fie implicați în „viața creditului" acordat, putând fi membri ai organelor de decizie care vor direcționa creditul respectiv. Prin definiție, durata consorțiului este limitată și prestabilită.

Factorii care motivează finanțatorii să participe ca aranjori inițiali sau să devină ulterior membri ai consorțiului de creditori sunt, cel puțin, următorii:

- diversificarea portofoliilor și împărțirea riscurilor asociate finanțării, în cazurile în care sumele tranzacționate sunt semnificative;
- aportul de *know-how* al fiecăruia dintre participanți, în diverse industrii;
- reducerea costurilor finanțatorilor, aferente tranzacției (*due diligence*/costul finanțării finanțatorilor/costurile de *default* ale tranzacției);
- abilitatea de penetrare a unor piețe noi, utilizând *know how* local.

În general, la primul contact cu cerințele și documentația necesară procesului de *due diligence* aferent unui contract de credit sindicalizat, clienții își pun întrebări în legătură cu necesitatea și oportunitatea unui asemenea complex de proceduri.

De ce este nevoie de o astfel de documentare a relației contractuale? Motivele ar fi următoarele:

- pentru claritatea termenilor și a mecanismelor folosite;
- pentru că participanții la sindicat se pot schimba în timp și este necesar să existe un proces de *due diligence* standardizat;
- pentru că acolo unde se întrepătrund elemente de drept anglo-saxon cu elemente ale dreptului românesc, este nevoie de o încercare de explicitare laborioasă a mecanismelor juridice;

- pentru că în marea majoritate a contractelor sindicalizate, documentele de finanțare sunt un important mijloc de asigurare a securității creditului.

Anatomia unui credit sindicalizat se prezintă astfel:

- *mechanics clauses* – clauze care reglementează mecanismul de finanțare şi compensare;

- *margin protection* – clauzele referitoare la taxe, impozitele cu reținere la sursă, *gross up*, despăgubiri şi *market disruption*;

- *general protection* – clauzele care reglementează declarații şi angajamente, cauzele de răspundere;

- *boiler plate* – clauzele comune, care compun condițiile generale de contractare.

Ca parte a mecanismului de finanțare, membrii sindicatului îşi desemnează, de regulă, un agent care se ocupă în numele lor de întreg procesul de *due diligence*, inclusiv de procedurile de colectare a documentelor şi de semnare a contractului. Ulterior acordării creditului, agentul este cel care asigură legătura între împrumutat şi membrii sindicatului de credit şi, totodată, monitorizează îndeplinirea obligațiilor de către împrumutat.

Atunci când creditul este garantat cu unul sau mai multe bunuri mobile şi/sau imobile, de regulă, părțile desemnează un *security agent*, care este acea parte în numele căreia se constituie toate garanțiile conform documentelor de finanțare.

**2. Obligații paralele *(parallel debt)*. Ficțiune juridică importată din tradiția anglo-saxonă**

Instituția *obligației paralele* este specifică dreptului englez, care, în majoritatea cazurilor, guvernează contractul de credit. Prin contract, finanțatorii îşi creează o obligație paralelă cu obligația reală de împrumut, care preia în oglindă conținutul creanțelor pe care le au finanțatorii împotriva împrumutatului, în baza documentelor de finanțare, titularul creanței corelative obligației paralele fiind agentul pentru garanții.

Conform contractului de credit, obligația paralelă este separată şi independentă în raport cu obligațiile împrumutatului

față de finanțatori, construită în baza documentelor de finanțare (obligațiile corespondente).

Finanțatorii convin ca unica obligație garantată să fie obligația paralelă, beneficiarul garanțiilor fiind agentul pentru garanții. Așadar, contractul de credit prevede existența a două categorii de obligații:

- obligațiile corespondente (ai căror creditori sunt finanțatorii);
- obligația paralelă (al cărei creditor este agentul pentru garanții).

Obligația paralelă are întotdeauna un cuantum egal cu valoarea totală a obligațiilor corespondente, pentru a preveni plata dublă a debitului de către împrumutat. De asemenea, contractul de credit sindicalizat prevede faptul că agentul pentru garanții, în calitatea sa de titular al obligației paralele, va acționa în nume propriu, în tot ceea ce privește constituirea/administrarea/lichidarea garanției.

### 3. Probleme practice pentru consorțiul de bănci

În cazul studiat de noi, finanțatorii sunt bănci comerciale, române și străine; garanțiile reale care au fost constituite pentru acordarea creditului sunt situate pe teritoriul României, iar proprietarul acestora este corporația împrumutată, având sediul tot pe teritoriul României.

Contractul de finanțare sindicalizată (contractul de credit) este guvernat de dreptul englez, ca practică curentă în asemenea tranzacții, cu atât mai mult cu cât majoritatea aranjorilor sunt, în cazul de față, bănci străine.

Fiindcă garanțiile sunt situate pe teritoriul României, s-a dorit identificarea unei soluții prin care băncile române (membre ale consorțiului) să controleze realizarea/administrarea/lichidarea garanțiilor aferente întregii tranzacții.

Soluția identificată a fost aceea de creare a obligației paralele către una dintre băncile comerciale române *(security agent)*. Banca română devenea, astfel, singura parte față de care se constituie garanțiile, însă agentul pentru garanții acționează în numele tuturor aranjorilor.

Banca a cărei soluție o analizăm este cea de-a doua entitate română participantă la această structură de creditare. (Pentru simplificare, o vom numi Banca R.) Situația acesteia este, considerăm, mai delicată decât a tuturor celorlalte, fiindcă, deşi subiect de drept român, va trebui să-şi constituie garanțiile (la rândul lor, afectate de dreptul român), printr-un mecanism juridic nerecunoscut expres de legislația română.

Principalele implicații legale pentru Banca R, identificate în cazul acceptării clauzei *parallel debt* şi al acceptării semnării contractelor de garanție de către *security agent*, ar fi, în opinia noastră:

- conceptul nou, netestat de către instanțele din România: structura sofisticată a creditului şi lipsa expertizei instanțelor române asupra unor asemenea tranzacții vor conduce la o analiză deloc facilă a actelor şi, mai ales, a faptelor juridice intervenite;

- discuțiile referitoare la încălcarea normelor de ordine publică din România: agentul pentru garanții devine, conform legislației engleze, creditorul obligației de plată a tuturor sumelor finanțate. În România, odată recunoscută de către instanțele române o decizie în acest sens pronunțată de către instanța engleză (instanța română neverificând fondul dreptului), garanția ar fi perfect valabil constituită, sub rezerva constituirii acesteia fără încălcarea normelor de ordine publică din România. Nu am identificat încălcări ale normelor de ordine publică prin constituirea garanției aferente obligației paralele, scopul acesteia fiind, în esență, să creeze un vehicul al garanțiilor în sindicalizări, astfel încât finanțatorii să se poată retrage/schimba oricând pe parcursul contractului, însă nu suntem în măsură să estimăm reacția pe care ar avea-o instanțele române față de această structură fictivă;

- discuțiile referitoare la raportul juridic născut între *security agent* şi Banca R (ambele fiind subiecte române de drept privat): toate garanțiile fiind constituite în favoarea lui *security agent*, iar între acesta şi Banca R neexistând, potrivit legii române, un raport de mandat, Banca R ar avea calitatea de simplu creditor chirografar al lui *security agent*, pentru recuperarea creditului acordat împrumutaților;

- procedurile diferite de executare: în România, contractele de credit și cele de garanție aferente se bucură de atributul de titluri executorii, însă în Marea Britanie documentele de finanțare nu reprezintă titluri executorii și, ca atare, într-o eventuală ipoteză de executare silită a garanțiilor, *security agent* va trebui să aștepte pronunțarea hotărârii judecătorești executorii, înainte de a putea trece la executarea garanțiilor. Abia după executarea garanțiilor și încasarea sumelor de către acesta, Banca R va putea, la rândul ei, să beneficieze de restituirea sumei împrumutate;

- riscul ca, în cazul în care împrumutatul contestă executarea silită a garanțiilor, instanțele române să nu recunoască datoria acestuia față de *security agent*, având în vedere că, în realitate, împrumutul acordat de acesta din urmă este o ficțiune juridică, împrumutatul neprimind nicio sumă de la *security agent* și nedatorându-i nimic acestuia. Acest risc poate apărea în cazul în care instanțele engleze nu menționează în hotărârea pe care ar pronunța-o că împrumutatul nu și-a îndeplinit obligațiile față de *security agent*, fapt care îi permite acestuia începerea executării. Totuși, noul Cod civil permite transmiterea ipotecii, separat de creanța pe care o garantează, ceea ce, considerăm noi, reprezintă un pas spre recunoașterea existenței garanției, distinct de obligația garantată;

- cazul în care împrumutatul ar intra în procedura de insolvență: considerăm că înscrierea la masa credală a împrumutatului ar trebui cerută de către finanțatori și de către *security agent*, astfel: *security agent* se va înscrie cu creanța garantată, la valoarea de evaluare a garanției aferente obligației paralele; finanțatorii vor trebui să se înscrie la masa credală pentru partea de creanțe negarantate (neacoperite de valoarea garanției reale), în calitate de creditori chirografari (i) cu creanțe certe pentru diferența dintre valoarea obligațiilor corespondente și valoarea evaluată a garanțiilor, și (ii) cu creanțe condiționate suspensiv pentru valoarea evaluată a garanțiilor, urmând ca, în cazul nerecuperării integrale de către *security agent* a valorii evaluate a garanțiilor ca urmare a lichidării, titularii de obligații corespondente negarantate să rămână cu creanțe chirografare certe pentru suma nerecuperată.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2014/303
20

Volumul de faţă abordează, din diferite perspective, contractul de credit bancar, figură juridică esenţială pentru buna funcţionare a economiei. Studiile care îl alcătuiesc oferă o perspectivă sincronică asupra contextului normativ, doctrinar şi jurisprudenţial al unuia dintre cele mai importante instrumente care asigură suport juridic circuitelor financiare.

Simpla inventariere a subiectelor puse în discuţie (conceptualizarea creditului bancar, reglementarea creditului bancar în noul Cod civil, mecanismul juridic al creditării, riscul de credit şi garanţiile asociate creditării, formele speciale ale creditului bancar, tratamentul creditului în procedura insolvenţei sau în executarea silită de drept comun, răspunderea băncilor pentru conduita contractuală în relaţia cu clientul creditat) oferă o imagine elocventă a complexităţii temelor examinate.

Semnează lucrări (în ordinea în care se regăsesc în cuprins) Gheorghe Piperea, Lucian Bercea, Ianfred Silberstein, Radu Rizoiu, Lucian Săuleanu, Radu Bufan, Florentina Folea, Sorina Ioana Doroga, Emilia Mihai, Carmen Adriana Gheorghe, Sergiu Popovici, Alexandra Rusu, Rada Postolache, Lavinia Elena Smarandache, Roxana Muşoi, Bogdan Pleşuvescu şi Iulia Bogdan. Diversitatea statutului profesional al acestora (universitari, specialişti din banca centrală şi instituţii de credit, avocaţi) asigură nu numai ancorarea analizelor, deopotrivă, în teoria şi practica bancară, a căror interacţiune este mijlocită de autori, dar şi complementaritatea perspectivelor din care sunt abordate subiectele.

Resortul colectiv care a generat prezenta lucrare a fost conferinţa omonimă desfăşurată la Timişoara în perioada 8-9 noiembrie 2012, în organizarea Facultăţii de Drept din cadrul Universităţii de Vest din Timişoara şi a Asociaţiei Europene pentru Drept Bancar şi Financiar – România.

ISBN 978-606-673-266-6

BCU IASI / CENTRU